

ISSN 2319-0671



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado



2022



ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado

Gráfica e Editora Copiart

2022

GABINETE DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Sérgio Laguna Pereira – Procurador-Geral do Estado

Daniel Cardoso – 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

André Filipe Sabetzki Boeing – Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Andréia Cristina da Silva Ramos – Procuradora-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 Schmitz de Schmitz

Fillipi Specialski Guerra

João Carlos Castanheira Pedroza

Arte gráfica

Victor Emmanuel Carlson

Revisão de texto

Sergio Meira

Impressão

Gráfica e Editora Copiart (Tubarão/SC)

Fotos da capa

Marcio Henrique Martins ASCOM FCC (rosa) e

Victor Emmanuel Carlson (casa e estátua)

R454

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, n. 12. –
Florianópolis: PGE/SC, 2022.
360 p.

Anual

ISSN 2319-0671

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

CDU 340

Copyright 2022: Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste material poderá ser reproduzida, transmitida ou gravada, por qualquer meio eletrônico, por fotocópia e outros, sem a prévia autorização, por escrito, da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina.

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

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

Florianópolis/SC – CEP 88015-100

Telefone (048) 3664-7500

EDITORIAL

No ano do 40º aniversário da Procuradoria-Geral do Estado e sob inspiração do bicentenário de Anita Garibaldi, homenageada na capa, a Revista da Procuradoria-Geral do Estado, em sua décima segunda edição, apresenta, segundo sua tradição, temas ligados à Advocacia Pública.

A publicação contempla, em sua primeira seção, dezoito artigos jurídicos elaborados por operadores do Direito, os quais abordam assuntos de relevância para a advocacia pública do Estado.

Também apresenta a reprodução de uma peça histórica da Advocacia Pública Catarinense, um caso que se destacou pelo impacto resolutivo, o que está encartado em sua segunda seção.

Na terceira seção, a edição traz ainda dados estatísticos da atuação da Procuradoria-Geral do Estado.

Registram-se, por fim, nossos agradecimentos às pessoas que, direta ou indiretamente, participaram da edição do ano de 2022 da Revista da PGE/SC.

Comissão Editorial

MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina vem se consolidando entre as publicações relacionadas à área jurídica e, em 2022, ano em que a PGE completou 40 anos de história, chega à 12^a edição, apresentando 18 artigos escritos por profissionais da área jurídica, entre Procuradores dos Estados de Santa Catarina e do Pará, além de servidores estaduais e municipais.

A presente edição contempla publicações em diferentes áreas do Direito, como moralidade administrativa, direito previdenciário, tributário e ambiental, processos administrativos disciplinares, autocomposição no âmbito da Administração Pública e processos estruturais, sempre com um olhar atento para o papel da Advocacia Pública.

Em 2022, a Comissão Editorial da Revista da PGE, que chega ao último ano do biênio para o qual foi designada, aprimorou o trabalho de seleção dos artigos por meio do procedimento da correção às cegas, no qual o avaliador desconhece o nome do autor e o autor desconhece quem o avaliou, como forma de garantir a imparcialidade da seleção, o que traduz o espírito institucional da publicação.

A Revista da PGE é fruto de um trabalho conjunto. Manifesto agradecimento especial a todos que contribuíram para dar vida à 12^a edição, desde os membros da Comissão Editorial, os autores dos trabalhos e até os servidores direta ou indiretamente envolvidos na elaboração da publicação.

Boa leitura a todos!

Sérgio Laguna Pereira

Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

SUMÁRIO

Primeira seção | Artigos

- CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE DO
CHAMADO ATIVISMO JUDICIAL: O PODER
JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO** 13
Angela Cristina Pelicioli
- FORUM SHOPPING* NA JUDICIALIZAÇÃO
DA SAÚDE: O JUIZ NATURAL COMO UMA
BASE ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA** 31
Bruno de Macedo Dias
- A GOVERNANÇA GLOBAL COMO
POSSIBILIDADE INICIAL PARA SUPERAÇÃO
DAS CRISES ADVINDAS DA GLOBALIZAÇÃO** 69
Elizabeth Andrade dos Santos
Rafael Padilha dos Santos
- A IMPORTÂNCIA DAS ÁREAS
PROTEGIDAS NOS COMPROMISSOS
INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL** 85
Evandro Régis Eckel
André Doumid Borges
Ricardo Stanziola Vieira
- A ADVOCACIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO
DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS: *TOWN MEETING*
E A CONSTRUÇÃO DIALÓGICA DA DECISÃO** 109
Felipe Cidral Sestrem
- A AÇÃO CIVIL PÚBLICA ESTRUTURAL COMO
MECANISMO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE:
O DESASTRE AMBIENTAL NA LAGOA DA CONCEIÇÃO** 127
Felipe Wildi Varela
Ricardo Stanziola Vieira

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE CRIAÇÃO DE REGIMES DE TRANSIÇÃO: O CASO DO TRANSPORTE INTERMUNICIPAL RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS NO ESTADO DE SANTA CATARINA	141
Flávia Baldini Kemper Gabriel Pedroza Bezerra Ribeiro	
ATIVISMO JUDICIAL E O TEMA 793 DO STF	155
Flávia Dreher de Araujo	
NOTAS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE “TETO DE ALÍQUOTA DE ICMS” POR LEI COMPLEMENTAR NACIONAL	169
João Paulo de Souza Carneiro	
AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE A EFICÊNCIA E HUMANIZAÇÃO NA RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO-CIDADÃO	185
Juliana Ribeiro Goulart	
O PRAZO DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES: A INTERPRETAÇÃO DADA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES À LEI FEDERAL N.8112/90 E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 491/2010	199
Karine Broering de Campos	
DIREITO PREVIDENCIÁRIO E REGIME DE TRANSIÇÃO: QUEM SÃO OS SERVIDORES PÚBLICOS QUE PODEM SE VALER DAS REGRAS DE APOSENTADORIA DISPOSTAS NO ARTIGO 6º, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003, NO ARTIGO 3º, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 47/2005, E NAS DE TRANSIÇÃO QUE AS SUBSTITUÍRAM APÓS O ADVENTO DA EC 103/2019?	213
Leonardo Jenichen de Oliveira	

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DO PATRIMÔNIO PÚBLICO: UM OLHAR SOBRE AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 14.230/21 E ADINS N. 7.042 E 7.043	229
Marcelo Adriam de Souza Nataniel Martins Manica	
IMPOSTO GLOBAL E EMPRESAS TRANSNACIONAIS: ALGUMA REFLEXÕES	249
Marcelo Adriam de Souza	
VISIBILIDADE DA ATIVIDADE PÚBLICA NA DEMOCRACIA E DECISÃO ADMINISTRATIVA POR ALGORITMO DO TIPO <i>BLACK BOX</i>	269
Mário Sérgio Simas	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ICMS ECOLÓGICO E SEU MANEJO COMO INSTRUMENTO ECONÔMICO NA GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS	283
Nataniel Martins Manica Rodrigo Diel de Abreu Rodrigo Spessatto	
DO COMPROMISSO DO ESTADO COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO	297
Ronan Saulo Robl	
A LEGITIMIDADE PROCESSUAL AMPLA E RESTRITA NA “NOVA” LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: AVANÇO OU RETROCESSO?	309
José Henrique Mouta Araújo Weber Luiz de Oliveira	
Segunda seção Peça Histórica	323
Terceira seção Estatísticas	351

Primeira seção
Artigos

CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE DO CHAMADO ATIVISMO JUDICIAL: o Poder Judiciário como legislador positivo

Angela Cristina Pelicioli¹

RESUMO

O juiz constitucional que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cria norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição, é legislador positivo, e não ativista judicial.

Palavras-chave: juiz constitucional; legislador positivo; controle concentrado de constitucionalidade; sentença normativa.

1 INTRODUÇÃO

O juiz constitucional que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é capaz de criar norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou de ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição, é legislador positivo, e não ativista judicial, - simplesmente porque “o processo começa por iniciativa da parte”², e não do juiz. “Trata-se de uma postura ativa (mas não ativista), no sentido da consagração de direitos fundamentais de minorias em um cenário de violação sistêmico”, ensina o Min. Gilmar Mendes, no voto do Mandado de Injunção n. 4.733-DF, que faz referência ao caso *Brown vs. Board of Education*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou a inconstitucionalidade da segregação racial de crianças em escolas públicas.³ Assim, a decisão judicial no controle concentrado de constitucionalidade que cria norma geral e abstrata, a partir de um texto preexistente, construindo ‘uma entidade

1 Angela Cristina Pelicioli. Doutora em Direito pela PUC/RS, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, Procuradora do Estado aposentada e Professora.

2 Art. 2º do CPC. “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

3 “Neste sentido, antes que se possa falar, criticamente, em ativismo, é preciso compreender o papel do Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes e, mais, num cenário de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais, principalmente de minorias que pouco ou nenhum acesso têm à arena de decisão política. A propósito, John Hart Ely reconhece a possibilidade de uma postura ativa do Judiciário com vistas a facilitar a representação política de minorias. E aplica a mesma lógica à proteção de minorias. Aduz: ‘Vimos como diversos direitos não mencionados na Constituição devem receber proteção constitucional em razão do seu papel em manter abertos os canais de mudança política. Uma análise similar parece ser aplicável à proteção das minorias’. (John Hart Ely, *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, tradução livre, p. 172). Aproveito o contexto norte-americano, no qual a obra de Ely se insere, para destacar o paradigmático caso *Brown vs. Board of Education*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou a inconstitucionalidade da segregação racial de crianças em escolas públicas. A decisão tornou-se um marco histórico do movimento pelos direitos civis e superou precedente da própria Corte que reconhecia como legítima a máxima “*separate but equal*”. Trata-se de uma postura ativa (mas não ativista) no sentido da consagração de direitos fundamentais de minorias em um cenário de violação sistêmico.” (Voto do Min. Gilmar Mendes, no Mandado de Injunção n. 4.733-DF, julgamento de 13/06/2019).

normativa qualitativamente diversa e, portanto, nova em consideração àquele texto original⁴, traduz-se na figura do juiz constitucional legislador positivo.

Para analisar esse tema com maior segurança revisito minha tese de doutorado⁵, que estuda criticamente o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, em sua atuação como legislador positivo, atribuição originalmente de uma Corte Constitucional nos moldes europeus, instituição que se situa fora e acima da clássica tripartição dos poderes.⁶ Nessa oportunidade, defino a atribuição de legislador positivo como excepcionalíssima do Poder Judiciário, com o objetivo de tornar efetivos os direitos fundamentais e o princípio da igualdade previstos na Constituição.

Para se tratar do tema é preciso analisar os pressupostos e as condições de legitimidade para que o Poder Judiciário possa exercer essa atribuição excepcional de legislador positivo, principalmente em tempos estranhos como estes em que se está vivendo, tempos em que a apologia à ditadura militar ecoa sem cerimônia em gabinetes da República.⁷

No entanto, antes importa tratar da tipologia dessas decisões.

2 A SENTENÇA NORMATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCEITO E TIPOLOGIA

Pela natural preocupação em garantir o rigor terminológico, impõe-se definir a sentença normativa como um tipo de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, entre outras características, possui eficácia *erga omnes*. Mesmo se sabendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, as decisões proferidas pelos Tribunais são denominadas de acórdãos, conforme determina o art. 204 do Código de Processo Civil, o termo sentença normativa designa as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal que, resolvendo conflitos submetidos à sua jurisdição, criam norma geral e abstrata, com o objetivo de concretizar a Constituição de 1988, para implementar a garantia dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade no tratamento da pessoa humana. O caráter inovador da sentença normativa ocorre, pois essas sentenças possuem o “efeito de ‘fazer dizer’ a norma referida na sentença alguma coisa diferente, e frequentemente alguma coisa a mais, em relação àquilo que era seu texto original.”⁸

4 SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale. In: **Scritti sul la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli**. Padova: CEDAM, 1985. p. 759.

5 PELICCIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: ed. LTr, 2008.

6 Prefácio do livro de minha autoria: “A sentença normativa na jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. (BONAVIDES, Paulo. **Constituição e Normatividade dos Princípios. Discursos e Prefácios**. 1. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012. p. 460).

7 “Presidente e vices da Comissão de Direitos Humanos da Câmara Federal denunciam à ONU ‘projeto autoritário em curso no Brasil. Disponível: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/notician/presidente-e-vice-da-comissao-de-direitos-humanos-denunciam-a-onu-projeto-autoritario-em-curso-no-brasil> Acesso em: 19 maio 2022. CHADE, Jamil. ONU recebe denúncias sobre ataque do governo contra eleição e democracia. Disponível: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2022/05/11/onu-recebe-denuncias-sobre-ataques-do-governo-contra-eleicao-e-democracia.htm> Acesso em: 01 jun. 2022.

8 CRISAFULLI, Vezio. Giustizia costituzionale e Potere Legislativo. In: CRISAFULLI, Vezio. **Stato, Popolo, Governo – Illusioni e delusioni costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1985. p. 239.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado a mesma tipologia das decisões do Tribunal Constitucional italiano, para efetivar-se como legislador positivo, que traduz-se, principalmente, na sentença aditiva, na sentença aditiva de princípio, na sentença substitutiva e na sentença monitória.

A sentença aditiva é aquela que declara a inconstitucionalidade de uma lei que deveria ter previsto alguma situação jurídica, mas assim não procedeu, atuando de modo a preencher uma omissão do legislador ou uma omissão que seria produzida pelo próprio Tribunal Constitucional, em decorrência do exercício de sua função de controle. Na omissão que seria produzida pela própria Corte, “a inconstitucionalidade é declarada ‘na parte na qual’ não se previu, não se incluiu, não se dispôs alguma coisa no texto contestado”.⁹

Com a sentença aditiva de princípio o Tribunal Constitucional desenvolveu um novo tipo de decisão para produzir um ponto de equilíbrio com o legislador, mediante a qual, por um lado, a Corte reconhece “uma margem de discricionariedade política ao legislador, que deverá intervir *in concreto* com a própria disciplina organizada e, por outro lado, a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei enquanto não previsto um princípio constitucionalmente necessário, que ela reclama e que o legislador deverá ainda desenvolver”.¹⁰

As sentenças substitutivas caracterizam-se por inovar o ordenamento preexistente, introduzindo disposições com eficácia *erga omnes*. As sentenças substitutivas subdividem-se em dois tipos: a) as decisões que suprimem do texto da lei determinadas palavras ou parágrafos, modificando seu conteúdo normativo original e as decisões em que a Corte Constitucional introduz um novo conteúdo normativo, substituindo o declarado inconstitucional; nesta última situação, a Corte não se limita a excluir do texto aquilo que entenda inconstitucional, mas preenche o vazio produzido por ela mesma por meio da conjunção “em vez de”¹¹; e b) as decisões em que, declarando inconstitucional o texto da lei, a Corte provoca vazio legislativo; neste caso, a Corte recria o texto de lei declarado inconstitucional para preencher o vazio até que o Poder Legislativo discipline a matéria. Aqui, vislumbra-se hipótese semelhante à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade vigente no Brasil.

Outro tipo decisório do Tribunal Constitucional é representado pela sentença monitória (sentença de advertência), com a qual a Corte tenta exercer uma influência sobre a atividade parlamentar, sugerindo indicações ou fixando condições ao legislador para suprir a deficiência legislativa perante a Constituição.¹² Com tal tipo de sentença, o Tribunal Constitucional salienta que o texto de uma lei ou de um dispositivo de lei é inconstitucional, dirigindo-se ao legislador com os critérios pelos quais este deverá adequá-la ante os preceitos constitucionais.

9 VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2001. p. 638.

10 *Ibid.*, p. 639-640.

11 COLAPIETRO, Carlo. *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale*. Pisa: Pacini Editore, 1990. p. 18.

12 MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1990. p. 593.

Assim, descrita a tipologia das decisões do Poder Judiciário como legislador positivo utilizada no Brasil, passa-se ao próximo tópico.

3 PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE PARA QUE O PODER JUDICIÁRIO POSSA EXERCER A ATRIBUIÇÃO DE JUIZ LEGISLADOR POSITIVO

Os pressupostos legitimadores do exercício excepcional pelo Poder Judiciário da atribuição de juiz legislador positivo são: a) a existência de uma ordem constitucional compromissada com a promoção humana; b) a existência do Estado Democrático de Direito; e c) a redefinição do princípio da separação dos poderes. Ademais dos pressupostos legitimadores, há certas condições específicas que não só legitimam, mas eventualmente até exigem do Poder Judiciário, no exercício do dever de garante da Constituição, a função de legislador positivo. Destacam-se, aqui, duas condições específicas: o não cumprimento dos deveres sociais do Estado e a ausência de plausível justificativa para o descumprimento das imposições constitucionais.

3.1 Pressupostos de legitimidade para que o Poder Judiciário possa exercer a atribuição de juiz legislador positivo

3.1.1 Existência de uma ordem constitucional compromissada com a promoção humana

Diferentemente de qualquer outra Constituição que se teve no Brasil, a Constituição Federal de 1988 está visceralmente comprometida com a implementação de direitos sociais, que dependem e “muito de uma postura ativa dos poderes públicos”.¹³ Além disso, deve-se ter em mente que não existem direitos fundamentais da pessoa humana “sem Estado ou, pelo menos sem comunidade política integrada”¹⁴ e, para haver direitos fundamentais, é necessário que o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade, se distingam e até mesmo se contraponham.¹⁵

A Constituição do Estado de Santa Catarina, de forma mais explícita que a Constituição Federal, determina que o Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos, observando que as omissões do Poder Público referentes a esses direitos serão supridas na esfera administrativa, no prazo de trinta dias, contados do requerimento do interessado. No caso de descumprimento, há previsão de pena de responsabilidade da autoridade competente.¹⁶ Além disso, no plano jurisdicional, a Constituição Estadual

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003. p. 195.

14 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 8

15 *Ibid.*, p. 12.

16 SANTA CATARINA. *Constituição do Estado de Santa Catarina* - Art. 4º O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte: I - as omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais serão supridas na esfera administrativa, sob pena de responsabilidade da autoridade competente, no prazo de trinta dias, contados do requerimento do interessado, sem prejuízo da utilização de medidas judiciais: [...].

prevê o reconhecimento da omissão inconstitucional do Poder Público, que será comunicado para que providencie a implementação dos direitos e garantias constitucionais omitidos, assim como prevê o reconhecimento de inconstitucionalidade quando o Poder Público contraria por conduta comissiva os direitos e garantias previstos nas Constituições.¹⁷

3.1.2 Existência de um Estado Democrático de Direito

Estado Democrático de Direito é aquele em que a pessoa humana não apenas titulariza os direitos fundamentais de defesa (os direitos de liberdade, o direito de propriedade, o direito à igualdade de tratamento e o direito à participação política), mas também tem assegurados os direitos fundamentais de prestação (direitos ao mínimo de condições materiais para assegurar a dignidade humana).

Segundo Ernst Wolfgang Böckenförde¹⁸, para o bom funcionamento da democracia, é imprescindível uma homogeneidade relativa entre os indivíduos, porque a efetiva participação política do povo só ocorre em sociedades em que não há desigualdades econômico-sociais extremas. Desde Aristóteles sabe-se que, em uma sociedade em que “a diferença entre ricos e pobres é muito grande vigora a injustiça, pois não dá a todos o que lhes é devido como seres humanos”.¹⁹ De acordo com os dados do 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, divulgado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional, o Brasil tem atualmente 33,1 milhões de pessoas sem ter o que comer. São 14 milhões de brasileiros a mais, em 2022, na insegurança alimentar em comparação com o ano de 2020. Se já não bastasse esse dado est arrecedor, a pesquisa também indica que “mais da metade da população do país – 125,2 milhões de pessoas – vive com algum grau de insegurança alimentar.”²⁰ Isso nos faz pensar nas palavras de Gandhi: “a pobreza é a pior das violências”.²¹ Por isso, os atores políticos da democracia não podem ignorar essa chaga e devem atuar com vistas a eliminar as desigualdades extremas.²²

Da mesma forma, o constitucionalista alemão ensina que, para haver uma sociedade emancipatória, a democracia não pode prender-se a uma estrutura patriarcal de estirpes e de parentesco, em que o indivíduo como tal se integra de acordo com

17 *Ibid.* Art. 85. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face desta Constituição: [...] § 3º Reconhecida a inconstitucionalidade, por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente, para a adoção das providências necessárias à prática do ato ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para cumprimento em trinta dias.

18 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Ed. Trotta, 2000. p. 100-104.

19 CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ed. Ática, 1996. p. 382.

20 Disponível: <https://pesquisassan.net.br/olheparaafome/> Acesso em: 09 jun. 2022.

21 Disponível: <https://isaebrazil.com.br/blog/150-anos-de-gandhi-e-celebrado-em-webinar-internacional-entre-brasil-e-india/> Acesso em: 28 out. 2019.

22 “Em matéria de igualdade e de justiça, não é fácil encontrar a verdade exata; é bem mais fácil consultar a sorte do que persuadir os que podem ser os mais fortes. Os fracos não pedem mais do que igualdade e justiça, mas os mais fortes pouco se importam com isso” (ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: ed. Livraria Martins Fontes, 1991. p. 147).

um *status*, isto é, não se deve confundir o público com o privado dentro da estrutura de Estado, em respeito ao princípio da igualdade de oportunidades para todos e todos. Por último, Böckenförde explana que a democracia deve ter um sistema educativo desenvolvido.

Se os cidadãos têm de decidir a partir de seu próprio juízo e através do exercício do poder político, sobre a legitimação ou deslegitimação de uma determinada linha de direção, isso pressupõe um certo grau de conhecimento, de saber e de capacidade de juízo desenvolvida. O analfabetismo é o inimigo de qualquer democracia e de qualquer desenvolvimento de democracia. Se existe e se mantém uma situação deste tipo, os cidadãos não têm a possibilidade de exercer de forma autônoma seus direitos políticos-democráticos, isto é, segundo um juízo próprio e formado a partir de uma informação prévia. As eleições e as votações se manterão aqui em um estágio de mera aclamação (emocional) e, sobre esta base, quem exercerá a política será um estrato reduzido, e com isso privilegiado, de pessoas dotadas de formação e patrimônio, até certo ponto de uma forma autônoma e subtraída a uma legitimação objetiva. As decisões do poder político devem ser tomadas derivadas da vontade do povo dirigidas e avalizadas por este e no interesse comum de todos.²³

3.1.3 Redefinição do princípio da separação dos poderes

É preciso a redefinição do princípio da separação dos poderes a partir dos compromissos do Estado Democrático de Direito, favorecendo a atuação do Poder Judiciário não só como intérprete da lei e aplicador da norma geral e abstrata, e, em consequência, criador de norma individual e concreta, mas também como intérprete da Constituição e criador de norma geral e abstrata, de modo a agir como juiz legislador positivo. Fato incontestado é que os Poderes Executivo e Legislativo, em inúmeros e injustificados casos, se descuidaram do dever de implementação dos direitos fundamentais. Quanto ao Poder Executivo, as razões são várias, dentre outras: a concepção patrimonialista a orientar a ação dos gestores públicos, o elitismo na definição de prioridades orçamentárias e a omissão de políticas públicas que deem efetiva cobertura ao combate à pobreza. Quanto ao Poder Legislativo, os motivos são: a omissão em legislar infraconstitucionalmente como devem ser concretizados os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, assim como o fato de legislar, em muitos casos, contrariamente a esses direitos. Com isso, o Poder Judiciário passou a ter reconhecida uma função de maior destaque, assumindo, por determinação constitucional, tarefas de equilíbrio e de controle entre os Poderes Legislativo e Executivo. Importa afirmar que o papel do Poder Judiciário, quando age como garantidor da Constituição, efetivando os direitos fundamentais e as garantias individuais, respeita a separação dos poderes, pois o Estado deve ser entendido como corpo único e não fragmentado, consolidando-se, assim, a normatividade da Constituição.²⁴

23 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Ed. Trotta, 2000. p. 105-106.

24 “Embora a Constituição não possa por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a

3.2 Condições de legitimidade para que o Poder Judiciário possa exercer a atribuição de juiz legislador positivo

3.2.1 O não cumprimento dos deveres sociais do Estado

Dada a natureza dirigente do constitucionalismo que inspirou a constituinte de 1987/1988, há a imposição por meio da Constituição de expressos deveres sociais ao Estado, para além de suas tradicionais competências. Na Constituição Federal e, por consequência, na Constituição Estadual é possível identificar inúmeras imposições de agir, em diferentes áreas sociais, com vistas à concretização dos direitos fundamentais.

Em diferentes contextos, o Poder Executivo (através da não implementação das políticas públicas)²⁵ e o Poder Legislativo (sobretudo por via da omissão legislativa e eventualmente também por via de legislar contrariamente aos direitos fundamentais) têm deixado de agir de acordo com as imposições constitucionais, abrindo caminho para a atuação do juiz legislador positivo, quando justificadamente provocados.

Os direitos fundamentais de defesa, mas sobretudo os direitos fundamentais de prestação, como a saúde, a educação, a habitação e a assistência social, para serem cumpridos devem estar previstos no orçamento público. Como se sabe, o orçamento se configura através do planejamento, das metas e dos programas de governo para um período mínimo de tempo e se materializa por meio das leis orçamentárias.²⁶ Cabe ao administrador público o encargo da escolha, em conformidade à discricionariedade, sempre balizada pela Constituição. Esse critério vale também para o Poder Legislativo.

Por isso deve-se atentar para o fato de que a não implementação dos direitos fundamentais se justifica somente e na exata medida da indisponibilidade de recursos públicos para sua plena efetivação. Em outras palavras, a questão não é saber se uma dada decisão gera ou não gasto, mas sim saber o quanto de despesa o orçamento é capaz de comportar. Nesses casos, o Poder Judiciário não pode querer desempenhar o papel que nem o Poder Legislativo, nem o Poder Executivo, conseguem desempenhar, já que toda deliberação deve levar em conta o que é financeiramente possível. Para tanto, não se pode olvidar que ao defender a Constituição tem-se que sopesar a realidade histórica e os resultados possíveis em que a sociedade brasileira vive. Mesmo porque, quando o Poder Judiciário atua como legislador positivo não pode desconsiderar a reserva do possível, cercando-se de todos os cuidados para saber quais são seus reflexos nas contas públicas. Esses cuidados se dariam por meio da análise das leis orçamentárias dos entes estatais envolvidos na causa, além de estudos ela-

ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem." (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19).

25 As políticas públicas "são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo" (BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 133, p. 95, jan/mar. 1997).

26 PELICLIOLI, Angela Cristina. **Guia Prático da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Ed. LTR, 2002. p. 25.

borados por técnicos orçamentários, peritos contadores, médicos, psicólogos, estes últimos nos casos que envolvam os direitos à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana, valendo-se, para tanto, inclusive de audiência pública (art. 9º, §§ 1º e 3º, da Lei n. 9.868/99, e art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99). Nesse contexto, o Poder Judiciário não pode querer transformar a aplicação da Constituição em uma fantasia desvinculada da realidade estrutural, atuando como “ditadura judicial”.

Nos moldes do alerta acima mencionado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não poderia legislar positivamente, por meio de sentença aditiva, no caso em que “o Poder Judiciário não possui competência para determinar ao Poder Executivo a apresentação de projeto de lei que vise a promover a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, tampouco para fixar o respectivo índice de correção”. Esse é um exemplo em que o plenário do Supremo Tribunal Federal definiu as balizas para o cabimento da aplicação do juiz constitucional como legislador positivo:

[...] 4. As sentenças aditivas, porquanto excepcionais, pressupõem a observância de algumas balizas, tais como (I) a solução esteja presente no sistema legislativo em vigor, ao menos em estado latente (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. vol. 41. Mulino, 1988. p. 158-159); (II) a norma análoga se adeque ao direito previsto constitucionalmente; (III) a norma constitucional possua densidade normativa tal que conceda inequivocamente determinado direito a destinatários (BRANDÃO, Rodrigo. *O STF e o Dogma do Legislador Negativo*. Direito, Estado e Sociedade, n. 44, p. 206, jan./jun. 2014); (IV) sejam observados “o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 501-505); (V) avalie-se os reflexos das sentenças normativas nas contas públicas, consoante a “observância da realidade histórica e dos resultados possíveis”, (PELICIOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo*. São Paulo: LRT, 2008. p. 223); (VI) a intervenção se legitime na natureza do direito constitucional, mormente quando em jogo os direitos materialmente fundamentais e demais condições de funcionamento da democracia (SOUSA FILHO, Ademar Borges. *Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 233).²⁷

Continua o acórdão:

Feita a necessária ressalva, é evidente que as sentenças prestacionais provocam efeitos sistêmicos e orçamentários muito mais severos. Por tal razão, sobretudo em casos de escassez de recursos e com alcance subjetivo tão amplo como o presente, impõe-se maior sensibilidade ao solucionar o caso. Isso, a toda a evidência, não impede a prolação de sentença aditiva, mas apenas exige uma análise mais detida de outros requisitos. Nesse mesmo sentido, Angela Pelicoli destaca a necessidade de “observân-

27 Recurso Extraordinário. Constitucional. Administrativo. Repercussão Geral. Tema 624. Servidor público. Revisão geral anual. Acórdão recorrido que concede injunção para que o chefe do Poder Executivo envie projeto de Lei que promova a revisão anual dos vencimentos dos servidores municipais. Invasão do Judiciário na competência privativa do Executivo. Inexistência de dever constitucional de recomposição inflacionária anual da remuneração de servidores públicos. Precedentes. Inaplicabilidade de sentença exortativa ou aditiva. Artigo 37, X, da CRFB. Recurso Extraordinário provido. (Recurso Extraordinário n. 843.112, rel. min. Luiz Fux, Tema 624, julgamento de 22/09/2020).

cia da realidade histórica e dos resultados possíveis”, avaliando quais os reflexos das sentenças normativas nas contas públicas (PELICIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: LRT, 2008. p. 223). A autora destaca que esse requisito não configura um fator de inibição criativa, embora imponha um ônus argumentativo maior. Especificamente no presente caso, é notória a repercussão econômica da eventual concretização do direito constitucional, visto que a sistemática da repercussão geral estende os efeitos da decisão para além das fronteiras do Município de Leme e dos servidores representados.²⁸

3.2.2 A ausência de plausível justificativa para o descumprimento das imposições constitucionais

Quando houver ausência de plausível justificativa, tanto do Poder Executivo em efetivar quanto do Poder Legislativo em criar a lei para a implementação dos direitos fundamentais, somados aos pressupostos e à condição antes mencionada, o Poder Judiciário poderá atuar no controle concentrado de constitucionalidade, excepcionalmente, como legislador positivo.

Aqui não se deve desconsiderar a necessidade de parâmetros objetivos para avaliar os custos aos cofres públicos desta medida.²⁹ De todo modo, há casos em que o descumprimento da implementação de direitos fundamentais, suprido pela atuação de juiz legislador positivo, não onera os cofres públicos. Exemplos, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são:

1º. Exemplo: A interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723, do C.C³⁰, para dele excluir “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.” Assegurou-se, ainda, que o reconhecimento da relação homoafetiva se daria segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva.³¹ Além disso, foi determinada a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada um deles.³² Fica claro que o Supremo Tribunal Federal cumpriu a determinação constitucional de que todos devem ser tratados igualmente, com relação ao gênero e à orientação sexual, utilizando-se da interpretação conforme à Constituição para alterar “o sentido normativo original determinado pelo legislador.”³³

28 Voto do Min. Luiz Fux, no Recurso Extraordinário n. 843.112, *Leading case*, Tema 624, julgamento de 22/09/2020.

29 Zagrebelsky conceitua esse tipo de decisão como “sentença constitucional de despesa”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. Problemi di ordine ai costi delle sentenze costituzionali. In: Corte Costituzionale – Le sentenze della Corte Costituzionale e l’art. 81, U.C., della Costituzione. *Atti del Seminario Svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 99).

30 BRASIL. **Código Civil**. - Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

31 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277-DF, tendo como relator o Min. Ayres Brito, de 05/05/2011.

32 Informativo do STF n. 625.

33 Voto do Min. Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277-DF, rel. Min. Ayres Brito, julgamento em 05/05/2011.

2º Exemplo: É garantido “à pessoa transgênero, se assim o desejar, alterar o prenome e o sexo no registro civil, sem a exigência de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.”³⁴ Possibilita, ainda, o direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade da pessoa transgênero, em razão da interpretação conforme à Constituição do art. 58, da Lei n. 6.015/1973³⁵ e da compatibilização da sua interpretação com o Pacto de São José da Costa Rica. O direito fundamental à identidade de gênero é consequência da aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, *caput*), e da privacidade (art. 5º, X). O tema da identidade de gênero³⁶ foi abordado no voto do Min. Marco Aurélio, explicitando a mudança de paradigma que a sociedade deve impulsionar:

[...] É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais. A tutela estatal deve levar em conta a complexidade insita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada. A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio. [...] É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir. Conseqüência lógica desse raciocínio é a autorização da mudança no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização.³⁷

34 **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n. 4.275-DF, rel. Min. Marco Aurélio e redator do acórdão, Min. Edson Fachin, de 01/03/2018.

35 **Lei n. 6.015/1973** - Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

36 “[...] o Estado deve abster-se de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a neutralidade estatal. Como registrei na ADI 4.275, já referida nesta decisão, a pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo. Dito isto, figura-me inviável e completamente atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana proibir que o Estado fale, aborde, debata e, acima de tudo, pluralize as múltiplas formas de expressão do gênero e da sexualidade. Se essa conclusão já seria plenamente compatível com que o se assentou até aqui, ela se torna indispensável na ambiência do ensino. Com efeito, o conteúdo do direito à educação necessariamente abarca a obrigação estatal de capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos, tal como prevê o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.” (Voto do relator Min. Edson Fachin na Medida Cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 462-5C, julgamento em 16/12/2019).

3º. Exemplo: Declarada a omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e transfobia. Da mesma forma foi declarada a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIA+.³⁸ A decisão enquadrou a homofobia e a transfobia como tipos penais definidos na Lei do Racismo (Lei n. 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.³⁹ Nesse julgamento, foi reconhecido que a homofobia e a transfobia:

[...] constituem espécies do gênero racismo, o que acarreta sua inclusão no conceito de “raça”, para a aplicação extensiva da Lei do Racismo. A equiparação conceitual apresenta-se, na inicial, tanto como fundamento da pretensão de criminalização, quanto do pedido subsidiário de incidência da lei especial. O presente mandado de injunção pretende, assim, a aplicação da Lei 7.716/89 às condutas homofóbicas e transfóbicas, por meio de sentença aditiva. [...] A sentença aditiva encontra amparo de idoneidade na limitação de que se valha tão-somente de soluções preexistentes no ordenamento. A sentença inova ao introduzir norma diversa daquela diretamente derivável do texto, mas o tribunal não inventa soluções que, pelo menos em estado latente, não estivesse presente no sistema legislativo em vigor (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. vol. 41. Mulino, 1988. p. 158-159).⁴⁰

Assim, apresentados os pressupostos e condições para a análise da legitimidade da atuação do Poder Judiciário como juiz legislador positivo, parte-se agora para a análise da natureza jurídica da função de juiz legislador positivo.

4 NATUREZA JURÍDICA E TÉCNICAS LEGAIS GARANTIDAS À ATUAÇÃO DO JUIZ LEGISLADOR POSITIVO

4.1 Natureza jurídica da atividade do juiz legislador positivo

Embora rígidas, como condição de supremacia de suas normas, tanto a Constituição Federal quanto a Constituição Estadual possuem meios de atualização, de modo que possam se adaptar à dinâmica social, a saber: o poder constituinte derivado (a cargo do Poder Legislativo), com atribuição de emendar o texto constitucional, e o fenômeno da mutação constitucional, que modifica o significado da norma sem alteração de seu texto, por meio da interpretação judicial.⁴¹

37 Voto do relator Min. Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275-DF, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgamento em 01/03/2018.

38 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e no Mandado de Injunção n. 4.733, tendo como rel. Min. Celso de Mello, de 13/06/2019.

39 “3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que é pertinente a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênero ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.” (Ementa do Mandado de Injunção n. 4.733-DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13/06/2019).

40 Voto do Min. Luiz Fux, no Mandado de Injunção n. 4.733-DF, relator Min. Celso de Mello, julgamento em 13/06/2019.

41 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Osasco: ed. Edifício, 2. ed., 2015. p. 9.

A função normativa na jurisdição constitucional, que consiste na atuação do juiz constitucional como legislador positivo, não existiria sem a função de controle de constitucionalidade e sem a função de interpretação da Constituição.

O aspecto mais sedutor e, certamente, o mais problemático do fenômeno que se analisa é justamente “o encontro entre os dois Poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz.”⁴²

Inicialmente, é importante ressaltar que o papel usual de todo juiz não é apenas de aplicador, mas também de criador do Direito; portanto, aplicador de norma geral e abstrata e criador de norma individual e concreta.

Além das declarações de inconstitucionalidade de normas gerais e abstratas, o juiz constitucional do Poder Judiciário, obedecido o princípio da simetria com a Constituição Federal, também pode, embora excepcionalmente, criar norma geral e abstrata, transformando-se em legislador positivo, precipuamente em relação aos direitos fundamentais garantidos pelas Constituições Federal e Estadual.

Para tanto, a concepção de legislador meramente negativo, do controle concentrado de constitucionalidade de Kelsen, deve ser superada. Além de ter sido concebida para a compreensão do funcionamento do controle de constitucionalidade no constitucionalismo meramente liberal, não no constitucionalismo social, a concepção do jurista vienense parte do particular pressuposto de que a lei declarada inconstitucional é ato anulável (efeitos *ex nunc*, convalidando-se o passado). Portanto, todos os atos praticados no período compreendido entre a entrada em vigor da lei até a decretação de sua inconstitucionalidade são válidos. Em verdade, no Brasil, em razão da adoção do modelo de Marshall, desde a Constituição de 1891, a regra geral da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é o reconhecimento de um ato nulo, com efeitos *ex tunc*, isto é, um ato inválido desde sua entrada em vigor.⁴³

4.2 As técnicas legais utilizadas para a atuação do juiz legislador positivo

O Poder Judiciário, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, emprega subsidiariamente os termos da Lei n. 9.868/99. Esta lei – criação do Poder Legislativo federal – regulamentou as técnicas que permitem a atuação, excepcionalmente, a exemplo da Corte Suprema, como legislador positivo, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade comissivas e omissivas. As técnicas legais utilizadas pelo juiz legislador positivo são: 1. a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; 2. a interpretação conforme à Constituição; e 3. a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica.

42 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle constitucional de constitucionalidade no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 27.

43 PELICIONI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: Ed. LTr, 2008. p. 172.

4.2.1 A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo

Como se sabe, a regra geral da declaração de inconstitucionalidade é a invalidade desde a origem da lei e dos atos normativos viciados. Com a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o juiz constitucional pode restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

4.2.2 A interpretação conforme à Constituição

A interpretação conforme à Constituição determina que “uma lei não tem de ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância à Constituição”⁴⁴. O exemplo trazido à lume é o da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54⁴⁵, julgada em 12/04/2012, em que foi aplicada a interpretação conforme à Constituição das disposições constantes do Código Penal Brasileiro. O voto do Ministro relator Marco Aurélio elucida que:

[...] A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia. [...] Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado: [...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto. Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se. Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos), a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento. [...] Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas,

44 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. (Selección). Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 53-54.

45 “Estado – Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – Interrupção da gravidez – Mulher – Liberdade sexual e reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.” (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12/04/2012).

os seus valores, as suas crenças”. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, “é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam.”

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, segundo o voto do Min. Gilmar Mendes, admitiu “atuar como legislador positivo, acrescentando mais uma excluyente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal se aliou à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas Cortes Constitucionais europeias”.^{46 47}

4.2.3 A declaração de nulidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica

Aqui o juiz constitucional utiliza-se de dois parâmetros. O primeiro, equiparando a declaração parcial sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição; e o segundo, em que é concedida autonomia à declaração parcial sem redução de texto como técnica de decisão. O mais comum, no entanto, é o primeiro parâmetro. Como se sabe a interpretação conforme à Constituição pode ser aplicada tanto para que se escolha qual o melhor sentido, dentre tantos de uma lei ou ato normativo, que se adapta à Constituição – interpretação conforme à Constituição propriamente dita –, como também, excepcionalmente, para sobretudo restringir a aplicação da lei quando esta afeta os direitos fundamentais. Somente quando for aplicada a interpretação conforme à Constituição com redução teleológica é que o juiz constitucional se torna

46 Voto do Min. Gilmar Mendes na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental-MC n. 54-DF, rel. Min. Marco Aurélio, decisão liminar de 1º. 07.04. Informativo do STF n. 354.

47 “Tornou-se algo corriqueiro mencionar a jurisprudência da Corte italiana sobre o tema para, num exercício de direito comparado, defender a ‘introdução’ de novas técnicas de decisão no controle abstrato no Brasil. Não obstante, atente-se para o fato de que os problemas solucionados pela Corte italiana por meio de sentenças aditivas são muitas vezes idênticos àqueles enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando aplica a técnica da interpretação conforme a Constituição. Portanto, ainda que se queira denominar a decisão tomada nesta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental como interpretação conforme, ela não deixará de ser, consoante a nomenclatura tecnicamente mais adequada, uma decisão interpretativa (manipulativa) com efeitos aditivos. É certo que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal não está livre de críticas. Parece sensato assumir todas as cautelas quando se trata de produzir decisões manipulativas sobre normas de caráter penal, tendo em vista os princípios da legalidade (e reserva de lei e reserva de Parlamento) e da tipicidade (cerrada) penal. A sentença aditiva *in malam partem* é extremamente reprovável, todavia, se proferida *in bonam partem*, abre-se uma brecha explorável para a prolação de decisão manipulativa que tenha efeito restritivo da norma penal, não ofensiva ao postulado da reserva de lei.” (Voto Min. Gilmar Mendes, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, julgamento em 12/04/2012).

legislador positivo, pois declara a nulidade parcial sem redução de texto, restringindo o alcance da lei ou ato normativo conforme à Constituição.⁴⁸

Dentre tantos exemplos da declaração parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica, pode-se citar aquele em que o Supremo Tribunal Federal readequou a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do chikungunya e da zika.⁴⁹ Admitir-se como simplesmente constitucional o texto da Lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016, garantiria a pulverização de produtos químicos por aeronaves para combater o mosquito transmissor das referidas doenças sem a prévia comprovação de sua eficácia e segurança, contrariando o princípio da precaução e da prevenção, o que poderia levar inclusive à violação da proteção ambiental, tudo em contrariedade aos artigos 225, § 1º, incisos V e VII, 6º e 196 da Constituição Federal. Importa salientar que a decisão na ação direta de inconstitucionalidade n. 5.592-DF⁵⁰ foi no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, para dar interpretação conforme à Constituição, restringindo o teor da lei com o objetivo de exigir que os produtos químicos a serem pulverizados sejam previamente aprovados pela autoridade sanitária, assim como que devam se sujeitar ao pronunciamento prévio da autoridade ambiental competente, evitando-se, além de malefícios à saúde humana, danos às regiões habitadas e aos ambientes naturais, a exemplo dos meios aquáticos, como lagos e lagoas, e às centrais de fornecimento de água para consumo humano.⁵¹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações aqui apresentadas estão longe do propósito de fazer apologia ao indesejável governo de juízes. Pelo contrário, defende-se o governo das leis e da máxima legalidade, que é a Constituição. Desse modo, pretende-se dos Poderes Públicos, e mais especificadamente do Poder Judiciário, estrito zelo no cumprimento de suas competências, expressamente definidas pela Constituição, e efetivo compro-

48 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 556.

49 Lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016 - "Art. 1º Na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde – SUS de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar as medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e demais normas aplicáveis, enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN. (...) § 3º São ainda medidas fundamentais para a contenção das doenças causadas pelos vírus de que trata o caput: [...] IV – permissão da incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves mediante aprovação das autoridades sanitárias e da comprovação científica da eficácia da medida".

50 Ação direta de inconstitucionalidade. Administrativo e ambiental. Medidas de contenção das doenças causadas pelo *aedes aegypti*. Artigo 1º, § 3º, inciso IV da Lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016. Permissão da incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves mediante aprovação das autoridades sanitárias e comprovação científica da eficácia da medida. Possibilidade de insuficiência da proteção à saúde e ao meio ambiente. Voto médio. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 225, § 1º, incisos V e VII, 6º e 196 da Constituição da República. Inafastabilidade da aprovação prévia da autoridade sanitária e da autoridade ambiental competente. Atendimento às previsões constitucionais do direito à saúde, ao meio ambiente equilibrado e aos princípios da precaução e da prevenção. Procedência parcial da ação. (Ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5592-DF, relatora Min. Cármen Lúcia e redator do acórdão Min. Edson Fachchin, julgamento em 11/09/2019).

51 Voto da relatora Min. Cármen Lúcia na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5592-DF, tendo como redator do acórdão Min. Edson Fachchin, julgamento em 11/09/2019.

metimento com a realização das imposições constitucionais referentes aos direitos fundamentais. Parafraseando Canotilho, para que o Supremo Tribunal Federal realize sua competência como verdadeiro Tribunal constitucional, sobretudo face às imposições constitucionais, é imprescindível o reconhecimento da legitimidade de sua função normativa.⁵²

Para aqueles que ainda discordam de que os tribunais constitucionais devam agir como legisladores positivos, alegando interferência indevida nos demais Poderes Públicos, a resposta é simples: de há muito o Supremo Tribunal Federal age como legislador positivo; o problema é que seu exercício, em variadas situações, se tem dado sem a devida e apropriada fundamentação constitucional. Como disse o Ministro Gilmar Mendes, no voto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, “o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.”⁵³

Identificar as hipóteses de atuação normativa do juiz constitucional e nomeá-las como legislador positivo, aceitando esse fato como próprio do Estado Democrático de Direito, significa um primeiro passo para impor limites ao fenômeno.

Caso se denomine de outra forma, simplesmente para descaracterizar o fenômeno, mesmo assim o juiz legislador positivo continuará a existir e a agir. Ativismo judicial, intervencionismo jurisdicional, politização da justiça, ou qualquer outro nome que se dê ao juiz legislador positivo não mudará o fato de sua existência e não afastará a importância de se refletir sobre a legitimidade e a necessidade de sua atuação. Para corroborar a convicção de que o nome não muda a essência do ser, faço minha a súplica de Julieta:

Romeu, Romeu, porque há de ser Romeu? [...] É só seu nome que é meu inimigo: Mas você é você, não é Montéquio! O que é Montéquio? Não é pé, nem mão, nem braço, nem feição, nem parte alguma. De homem algum. Oh, chame-se outra coisa! O que há num nome? O que chamamos rosa teria o mesmo cheiro com outro nome. E assim, Romeu, chamado de outra coisa, continuaria sempre a ser perfeito, com outro nome. Mude-o, Romeu, e em troca dele, que não é você, fique comigo.⁵⁴

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Ed. Livraria Martins Fontes, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Ed. Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Constituição e Normatividade dos Princípios**. Discursos e Prefácios. São Paulo: Ed. Malheiros, 1. ed., 2012.

52 “O governo dos homens é sempre um governo sob a Constituição e através da Constituição” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003. p. 225).

53 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12/04/2012.

54 SHAKESPEARE, Willian. **Romeu e Julieta**. Tradução Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2011. p. 45.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle constitucional de constitucionalidade no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 7. ed. São Paulo: Ed. Ática, 1996.
- COLAPIETRO, Carlo. **Le sentenze aditive e sostitutive della Corte Costituzionale**. Pisa: Pacini Editore, 1990.
- CRISAFULLI, Vezio. Giustizia costituzionale e Potere Legislativo. *In*: CRISAFULLI, Vezio. **Stato, Popolo, Governo** – Ilusioni e delusioni costituzionale. Milano: Giuffrè, 1985.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: Ed. Edifício, 2015.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. (Selección). Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARTINES, Temistocle. **Diritto costituzionale**. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1990.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional**. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: Ed. LTr, 2008.
- PELICIOLI, Angela Cristina. **Guia Prático da Lei de Responsabilidade Fiscal**, São Paulo: Ed. LTR, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.
- SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale. *In*: **Scritti sul a giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli**. Padova: CEDAM, 1985.
- SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. Tradução Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2011.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto costituzionale**. 3. ed. Padova: CEDAM, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Problemi di ordine ai costi delle sentenze costituzionali. *In*: Corte Costituzionale – Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, U.C., della Costituzione. **Atti** del Seminario Svolto in Roma. Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991. Milano: Ed. Giuffrè, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. 1. ed. Bologna: Il Mulino, 1977.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992.

FORUM SHOPPING NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

o Juiz Natural como uma base ética na administração da justiça

Bruno de Macedo Dias¹

RESUMO

No Estado Democrático de Direito, é essencial que nenhuma garantia seja subvalorizada. Por traz de cada avanço há uma história, uma conquista e um significado. O Juiz Natural é a garantia processual que assegura aos indivíduos que seus conflitos serão resolvidos por um Juízo previamente estabelecido. Assim, o Estado fica proibido de “criar” competências para situações existentes, algo que pode ser usado para beneficiar ou prejudicar alguém. O conceito de *forum shopping* é justamente seu oposto. Ele pressupõe a existência de mais de um Juízo competente, a ser escolhido pelo autor. Com isso, ele pode investigar as potenciais chances de êxito em cada um. A Justiça, instituição relevante e nobre, passa a ser vista com olhos mercantis. É esse o risco em que se encontra a judicialização da saúde, diante de posicionamentos que têm remetido ao autor a livre escolha se deseja ou não incluir a União Federal no processo.

Palavras-chave: *Forum shopping*; Judicialização da saúde; Tema 793; Interesse; Competência.

1 INTRODUÇÃO

Aos que ainda não estão familiarizados com o termo *forum shopping*, a tentativa de deduzir seu significado pode gerar confusão e espanto, ainda que não seja incorreta. Afinal, *shopping* traz a ideia de compras, comércio, procura/escolha/aquisição de produtos; e *forum* leva a pensar em foro, Juízo.

Mas, afinal, quem iria tratar a Justiça como um produto ou fazer avaliação de mercado, análise de custo-benefício de Juízo? Infelizmente, o *forum shopping* é justamente isso. Ele explica uma situação na qual o litigante possui mais de uma alternativa de Juízo para apresentar sua demanda e, em função disso, passa a avaliar qual lhe traria maiores possibilidades de êxito.

Esse conceito explica bem a preocupação da Advocacia Pública Estadual com o cenário atual da judicialização da saúde, diante da posição do Superior Tribunal de Justiça em relação ao Tema 793. Ao insistir que o autor pode formular um pedido de tratamento em fase do Ente Público que desejar, o STJ basicamente afirma que o autor pode escolher se quer litigar na Justiça Federal ou Estadual.

A proposta deste artigo é aprofundar o debate para que o leitor consiga melhor avaliar se essa situação tão curiosa, que junta “*forum*” e “*shopping*” apenas parece ofensiva e incompatível com a dignidade da Administração da Justiça ou se ela vai

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

além e, mais do que parecer absurda, representa uma grave brecha na delicada estrutura que sustenta um Estado Democrático de Direito.

2 JUIZ NATURAL COMO PRINCÍPIO ÉTICO BÁSICO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

2.1 Juiz Natural como garantia processual básica

A Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro apresenta um rol consagrado e relevante de garantias processuais, geralmente vinculadas a um conceito maior de devido processo legal. Elas representam uma série de proteções a impedir ilegítimas intervenções do Poder Público sobre o espaço privado (ou outro Poder ou Ente Federado).

No tocante às garantias processuais, tem-se uma proteção especialmente dirigida em relação ao Estado-Juiz, exercido pelos integrantes do Poder Judiciário.

Neste contexto, encontra-se o princípio do Juiz Natural, que, ao contrário da clássica nomenclatura, garante a prévia definição de um Juízo – não um Juiz, pessoa específica – para analisar o superveniente conflito. Busca-se impedir que se possa escolher um Juízo com maior propensão a beneficiar ou prejudicar alguém, o que fere a obrigatória impessoalidade do Estado.

Dois termos clássicos são associados ao princípio do Juiz Natural:

a) o brocardo *forum non convenient*, fundamento pelo qual um Juízo incompetente ou de competência duvidosa deve declinar o exercício da jurisdição ao Juízo correto.

b) a proibição de criação de Tribunal de Exceção, como verdadeira repulsa à ideia de se ter um julgador posteriormente definido a decidir um conflito passado, com incalculável probabilidade de que essa escolha possa ser feita de modo a prejudicar ou beneficiar uma parte.

A ideia de um verdadeiro Tribunal de Exceção – toda uma estrutura nova criada para julgar situações imprevistas ou cooptadas por regimes extremos – não é o real conceito da garantia. Trata-se de algo felizmente raro em tempos recentes, em situações absolutamente excepcionais como no julgamento de Sadam Hussain e o Tribunal de Nuremberg.

Pelo conceito de proibição a um tribunal de exceção, tem-se a garantia de julgamento por um tribunal correto, não excepcional. Ou, em outras palavras, a garantia de julgamento por um Juízo previamente definido, anterior aos fatos e ao conflito.

Ora, a criação de novas unidades judiciais mostra-se algo frequente atualmente como forma de melhor atender ao volume de processos e garantir o funcionamento sustentável da Justiça (DIAS, 2017). Não se tem conhecimento de que tais medidas ocorram com outro objetivo, como para ajudar ou prejudicar uma parte.

Isso não diminui o risco criado para o Estado Democrático de Direito toda vez que essa prerrogativa tão relevante e histórica é diminuída ou esquecida, pela simples presunção de lisura da Administração da Justiça.

Antes de qualquer decisão neste sentido, seria fundamental que os operadores do direito mergulhassem na história de conquista das garantias individuais, para evitar que decisões inocentes enfraqueçam o sistema.

O Juiz Natural é uma prerrogativa que, basicamente, se presta a guiar os juristas em três cenários:

- a) o cuidado com a formação de tribunais de exceção, ou Juízos não pretéritos;
- b) disputa em situações de competência dúbia, para definir a correta;
- c) alertar para situações de competência dúplice ou múltipla.

A existência de um Juízo previamente definido (para resolução do conflito) é característica básica de uma Justiça isenta, impessoal e que respeite o devido processo legal.

2.2 Garantias processuais, garantias individuais e a banalização na sociedade atual

Atualmente, é comum abordar garantias processuais de uma forma banal, como meras alegações das partes com o intuito de atrapalhar o fluxo processual e dificultar a linha de produção na qual se transformou o sistema processual brasileiro.

Quanto mais cresce o enfoque em julgar com maior velocidade e em maior volume, enquadrando litígios em grupos repetitivos por similitude, pedidos que saiam dessa lógica atrapalham o método fordiano e podem ser vistos com antipatia.

Mas, afinal, qual o significado de se levantar garantias processuais como devido processo legal, acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e juiz natural, para enumerar as principais?

Qualquer resposta que ignore a história do direito e a origem de tais institutos inevitavelmente é uma afronta ao Estado Democrático de Direito e ao convívio civilizado.

Pois bem, um excelente ponto de partida para melhor conhecer o Estado Democrático de Direito e as garantias fundamentais e processuais é a Carta Magna Inglesa, de 1215, que recentemente comemorou 800 anos de história. O documento surgiu como praticamente um tratado de paz entre o Rei João e os Barões mais relevantes do país, descontentes com a crueldade e com a péssima gestão financeira e política do militar, que acabara de ser expulso de territórios ocupados pela França pela segunda vez no reinado. A insatisfação chegou a um patamar de potencial insurreição. Para manter-se no poder e amenizar as críticas, o monarca concordou com uma série de medidas, garantias e direitos que, na prática, marcaram a transição de uma monarquia absolutista para o *rule of law* e firmaram as bases do devido processo legal (VINCENT, 2018). Transcreve-se os artigos 39 e 40 em redação original:

No free man is to be arrested, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.

We will not sell, or deny, or delay right or justice to anyone (VINCENT, 2018).

A Carta Magna, apesar de ter sido um resultado dos fenômenos do seu tempo, fixou as bases históricas do Estado Democrático de Direito. Ela influenciou tanto a Constituição dos Estados Unidos da América quanto a própria independência, instigada justamente por imposição de tributos expressivos pelo Parlamento Inglês sem que os representantes das colônias participassem do processo. Com isso, viu-se uma violação do devido processo, uma vez que o tributo só seria legítimo se imposto com a participação dos representantes dos afetados (DICKINSON, 2018).

Grandes marcos da literatura também nos ensinam sobre a relevância das garantias processuais e os riscos da sua ausência. *O Processo*, de Franz Kafka, que narra a história de Josef K., um homem preso e processo sem garantias mínimas que lhe permitam defender-se ou ao menos compreender qual a acusação à qual responde (KAFKA, 1925). Na não menos célebre obra *O Mercador de Veneza*, Shakespeare apresenta o conto da cobrança de uma dívida garantida por uma libra de carne do corpo do devedor. Contudo, a execução é conduzida sem respeito à necessidade de conduzir a cobrança também de um modo humano e menos oneroso ao devedor, de forma que o credor busca que ela seja retirada de seu coração, o que causaria seu óbito (SHAKESPEARE, 2017).

As garantias processuais, tais quais outras garantias individuais, como liberdade de expressão, de imprensa, de livre iniciativa econômica são um monumento histórico equiparável às Sete Maravilhas do Mundo – não se pode esquecer que seu alicerce é formado pelas inúmeras vidas sacrificadas pela sua ausência ou em batalhas para a sua conquista.

Quando essas garantias são estudadas apenas por seu conteúdo – abstrato ou concreto – inicia-se um processo de banalização de sua relevância, pois se está diante de médico que trata apenas um órgão e desconhece o corpo do seu paciente. Pensa-se na consequência imediata de desprezar a garantia no caso concreto, sem sopesar sua relevância para a estrutura jurídica.

Diante de um período de relativização de prerrogativas essenciais como contraditório, ampla defesa e devido processo legal, o Código de Processo Civil de 2015 procurou prestigiá-las em seus primeiros dispositivos. O contraditório foi reforçado no artigo 10, proibindo qualquer juiz de se manifestar sobre um tema do qual ambas as partes não tivessem conhecimento.

Nada obstante, a pandemia do covid-19 trouxe um novo risco sobre as garantias individuais como um todo – não apenas as processuais. Diante de um perigo de proporções internacionais e sob o fundamento de risco de colapso do sistema de saúde e de óbitos em grande número, foram legitimadas decisões administrativas sem o devido processo legal (legislativo) e que atropelaram inúmeras garantias individuais de primeira relevância.

Não se questiona, neste espaço, o acerto, a necessidade, a precisão, as consequências ou os potenciais abusos de tais decisões. Quiçá a Academia se veja tomada por tais análises durante a próxima década, em função de sua relevância e complexidade. Isso não cabe nessas páginas e ainda não se está diante de dados ou suficientemente distante dos fatos para uma avaliação precisa.

O fato é que garantias básicas como liberdade de ir e vir, de expressão (para evitar “fake news”), de livre iniciativa, de reunião/associação e tantas outras foram simplesmente atropeladas pelas decisões administrativas, ainda que a decisão tomada tenha sido correta. O acerto ou não da decisão, por si só, não exclui a existência de violação a uma garantia.

Essa consciência é essencial por uma razão básica: historicamente, garantias perdidas em períodos extremos da humanidade não são plenamente/automaticamente devolvidas quando os fatos extraordinários se encerram (VLACHOPOULOS, 2021).

Ao mesmo tempo em que se compreende que uma decisão difícil pode ser tomada em um cenário terrível, ela não pode servir de base para que garantias antes irrefutáveis passem a ser negociáveis.

A consciência do momento atual é importante para prosseguir no debate, de modo que a garantia do juiz natural possa receber o valor que merece, não sendo minimizada por argumentos de mera conveniência/oportunidade.

2.3 Falência ética da Administração da Justiça na ausência de Juiz Natural

A noção da Administração da Justiça, utilizada em alguns momentos em normas processuais, remete à organização do Sistema de Justiça, ao qual compete prestar a jurisdição, forma estatal heterogênea de resolução de conflitos.

Embora a atribuição essencial do Poder Judiciário seja a prestação jurisdicional, também é fato que possui consideráveis funções administrativas, que têm se tornado cada vez mais complexas, pela crescente estrutura a gerenciar, o número absurdo de processos e um clamor por maior especialização, com a evolução de conhecimento técnico em áreas do direito e de outras ciências.

Com isso, surge a necessidade de tomar decisões de “política judiciária”, nas quais a maior preocupação é a gestão dos processos. Se a preocupação é descobrir melhores fluxos de encerramento de processos e agrupamento de processos por similitude técnica, isso traz potenciais modificações de competência, bem como o surgimento de competências dúbias.

Por outro lado, também é bom recordar que a tecnologia revolucionou o processo no direito brasileiro. Grande parte das Justiças possuem seu acervo em grande parte em modalidade virtual e com peticionamento eletrônico. Isso faz com que definições de competência para simplificar o acompanhamento de uma das partes passam a fazer cada vez mais sentido.

O último aspecto a ser levantado são as profundas e recentes mudanças legislativas, com o recente Código de Processo Civil de 2015 e os juizados especiais fazendários, que inevitavelmente afetam a competência do direito processual civil.

Observa-se, com isso, deslocamento de litígios que se encontravam com um determinado Juízo previamente estabelecido para outro, com violação ao Juiz Natural, fato frequentemente ignorado por completo.

Bem mais claras, contudo, são as situações nas quais há mais de um Juízo competente, como do Juízo comum e Juizado pela mera renúncia de excedente de alçada; do Primeiro Grau ao Tribunal pelo manejo de mandado de segurança; do deslocamento de uma única demanda similar a centena de outras (como em concurso público) para outra Unidade da Federação, fazendo-se uso do domicílio do autor; e entre a Estadual e a Federal, pela presença da OAB ou União Federal ou manejo pelo Ministério Público Federal ou Estadual.

O que chama a atenção em todos esses casos é que praticamente todos colocam uma realidade amplamente conhecida, implícita ou explicitamente admitida e que frequentemente depende de mera opção do requerente. Ou seja: deixa de existir um Juiz Natural!

O problema, contudo, não é meramente acadêmico ou teórico. Se um operador do Direito é colocado em uma situação na qual deve escolher em qual Juízo apresentará a demanda – e, especialmente, se possui experiência com a matéria envolvida –, ele o fará tendo em vista o melhor para aquele que representa.

Abandona-se um conceito de Juiz Natural, aquela figura (impessoal) previamente definida para resolução de potenciais litígios para uma realidade de mensuração de percentuais de êxito, a buscar a estratégia processual mais benéfica.

E deve este operador ser condenado? Por óbvio que não! Um advogado não deve ser criticado por fazer uma legítima escolha entre Juízos competentes tendo em vista o interesse de quem lhe outorgou o mandato. O oposto, aliás, escolher o pior Juízo, poderia ser alvo de crítica.

A culpa é da Administração da Justiça! Compete ao Estado, seja pelo Estado-Juiz ou pelo Estado-Legislador, impedir situações de competências dúplices, em respeito ao princípio do Juiz Natural.

Quando uma situação de competência dúplice se torna explícita, é obrigação da Administração da Justiça coibi-la, identificando imediatamente o Juízo competente, seja por sua jurisprudência, seja apresentando propostas de modificação legislativa.

Sempre que essa oportunidade é apresentada e o Juiz Natural não é fixado com clareza, ou a própria jurisprudência chancela essa competência dúplice, a Administração da Justiça assume a responsabilidade de nivelar a Justiça a um *Shopping Center* ou um mercado de rua, no qual o interessado passa de loja em loja consultando o custo-benefício do produto para buscar aquele que mais lhe agrada.

E é exatamente isso que se chama de falência ética da Administração da Justiça.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: DA TRANSFERÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA PARA O PODER JUDICIÁRIO AO TEMA 793

3.1 Raio-x do problema: o direito à saúde, a organização financeira e administrativa do SUS

Por mais que a Judicialização da Saúde seja uma triste realidade e em muitos Estados comprometa a maior parte do orçamento de determinados programas, quer-se crer que até o operador do direito mais contaminado por décadas trabalhando neste

fenômeno consegue enxergar o óbvio: como em qualquer serviço público, o atendimento administrativo é a situação ordinária/adequada e o judicial é extraordinário/ excepcional.

Portanto, antes de se tentar compreender a judicialização da saúde, é preciso compreender o funcionamento ordinário da saúde pública.

Pois bem! A Constituição Federal distribuiu a prestação dos serviços de saúde entre os três Entes Federados. Isso leva em consideração aspectos administrativos (o que cada um teria melhores condições de fazer) e econômicos (os recursos financeiros disponíveis a cada um).

Ademais, por ser um País de proporções continentais, é inviável a prestação de serviço de saúde artesanal, com cada paciente sendo atendido de modo único e independente, inclusive porque as compras administrativas obedecem ao rigor de normas licitatórias.

Sob a lógica financeira, todos os Entes possuem envolvimento orçamentário, ainda que a União precise encaminhar substanciais recursos para programas locais e regionais de alto custo. Isso faz com que frequentemente possa ocorrer um financiamento pela União Federal ou mesmo a aquisição do produto, cadastro ou gerenciamento pelo Estado (ou aquisição) e entrega e relacionamento com o cidadão pelo Município.

Conhecer o fluxo de cada tratamento e a lógica administrativa que ele apresenta é indispensável para evitar que a Judicialização da Saúde não traga um complicador adicional, criando um incalculável número de novos fluxos. Quando é proferida uma decisão, ela deve limitar-se a suprir a não disponibilização de um fármaco que o Juízo considere essencial. Ou seja, não deve alterar quem iria arcar com os custos, comprá-lo e disponibilizá-lo com base em situações equivalentes ou análogas.

O complexo emaranhado normativo que embasa o SUS para assegurar seu funcionamento e distribuir as responsabilidades administrativas e financeiras de cada Ente Federado é complexo demais para ser destrinchado nas poucas linhas deste subitem. Portanto, extrai-se do próprio site do Ministério da Saúde uma explicação didática.

União - A gestão federal da saúde é realizada por meio do Ministério da Saúde. O governo federal é o principal financiador da rede pública de saúde. **Historicamente, o Ministério da Saúde aplica metade de todos os recursos gastos no país em saúde pública em todo o Brasil**, e estados e municípios, em geral, contribuem com a outra metade dos recursos. **O Ministério da Saúde formula políticas nacionais de saúde, mas não realiza as ações. Para a realização dos projetos, depende de seus parceiros (estados, municípios, ONGs, fundações, empresas, etc.)**. Também tem a função de planejar, elaborar normas, avaliar e utilizar instrumentos para o controle SUS.

Estados e Distrito Federal - Os estados possuem secretarias específicas para a gestão de saúde. O gestor estadual deve aplicar recursos próprios, inclusive nos municípios, e os repassados pela União. Além de ser um dos parceiros para a aplicação de políticas nacionais de saúde, o estado formula suas próprias políticas de saúde.

Ele coordena e planeja o SUS em nível estadual, respeitando a normatização federal. Os gestores estaduais são responsáveis pela organização do atendimento à saúde em seu território.

Municípios - São responsáveis pela execução das ações e serviços de saúde no âmbito do seu território. O gestor municipal deve aplicar recursos próprios e os repassados pela União e pelo estado. O município formula suas próprias políticas de saúde e também é um dos parceiros para a aplicação de políticas nacionais e estaduais de saúde. Ele coordena e planeja o SUS em nível municipal, respeitando a normatização federal. Pode estabelecer parcerias com outros municípios para garantir o atendimento pleno de sua população, para procedimentos de complexidade que estejam acima daqueles que pode oferecer (BRASIL, 2022a. grifo acrescido).

Três situações refletem muito bem esse contexto:

a) **Medicamentos de atenção básica:** são providenciados e fornecidos pelos Municípios, em grande parte com recursos recebidos da União Federal;

b) **Componente especializado de alto custo:** disponibilizados pela União Federal, mas através de cadastros alimentados pelo Estado, que também gerencia a distribuição;

c) **Oncológicos:** financiados exclusivamente pela União Federal e prestados pelos Unicons/Cacons, unidades públicas ou privadas credenciadas, através de valores fixados em tabela de acordo com a patologia.

É interessante conhecer essa realidade para se compreender como uma prestação ocorre ou deveria ocorrer, entender melhor como potenciais falhas se explicam e qual efeito no “mundo do ser” a decisão do “dever ser” realmente poderia buscar.

3.2 O fenômeno da judicialização da saúde

Com pedido de vênua já registrado àqueles que pensem de forma diferente, a origem do fenômeno da judicialização da saúde surge de um mito, ou melhor, de uma crença ilusória e impossível de que o Poder Público, de fato, pode garantir a saúde de todos...

E não se pretende ocultar ou negar a existência de problemas e dificuldades do serviço público da saúde, pois a Administração Pública certamente não é infalível, seja por ser composta de seres humanos (por essência, falíveis), estar limitada por burocracias frequentemente pouco inteligentes e excessivas, não dispor de recursos financeiros infinitos ou, em última instância, por não poder contrariar a biologia humana.

Os indivíduos são mortais e é bastante óbvio que, em algum momento de suas vidas, sua saúde irá se deteriorar ou vir a faltar. É o ciclo natural da vida, e admitir isso não é faltar com respeito com os que convalescem ou seus familiares, embora as gerações mais recentes pareçam ter cada vez mais dificuldade de lidar com tal realidade.

Tal qual a função do advogado é aplicar os seus conhecimentos do melhor modo possível como **meio** para lutar pelos interesses do representado, a saúde pública tem um dever de **meio** para oferecer serviços de saúde à população, através da gestão de limitados recursos financeiros destinados a atender a um número expressivo de indivíduos. Se um advogado não pode prometer uma vitória, não se pode vislumbrar o SUS como uma estrutura que impedirá a deterioração da saúde ou o óbito de todos os indivíduos. O que se deve buscar é um planejamento correto, uma aplicação de recursos proba e eficiente e um desempenho adequado. Exigir mais do que isso é prometer uma ilusão ao cidadão.

A dificuldade fica ainda mais evidente quando se pensa no SUS como uma estrutura gigantesca planejada para atender a um País de proporções continentais e a mais de duas centenas de milhões de habitantes.

Pois bem, com essa contextualização, transcreve-se o artigo 196 da Constituição Federal, literal origem deste gravíssimo fenômeno moderno:

Artigo 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.

Para interpretações de brutal literalidade e compreensão absolutamente temporal da vida, se a saúde é dever do Estado, toda e qualquer tentativa de se preservar a vida, ainda que cara, não comprovada e improvável, teria que ser disponibilizada pelo Poder Público. Talvez o Constituinte Originário não contasse com uma visão tão excessiva. Talvez desejasse apenas um documento belo e utópico destinado a agradar a uma população em um processo de redemocratização. O fato é que isso levou ao fornecimento de tratamentos experimentais caríssimos deferidos pelo País, que se tornaram notórios na sociedade pela cobertura da mídia.

O direito, “no mundo do dever ser”, atua sobre a realidade, “mundo do ser”, mas não tem condições de criar o impossível. Se até bilionários e milionários adoecem e morrem, ficou claro que a Judicialização da Saúde precisaria de um choque de realidade – e certamente ainda precisa!

Desde as primeiras petições de tratamento com base no artigo 196, viu-se uma revolução na saúde pública brasileira, com um *tsunami* de processo, migração de recursos da prestação ordinária (administrativa) para a extraordinária (judicial) e mesmo o desinteresse no pedido administrativo, partindo-se diretamente ao pedido judicial!

Não é um exagero: se as decisões de uniformização de jurisprudência que se seguiram precisaram afirmar que não seriam concedidos medicamentos padronizados não negados, é bastante óbvio que inúmeras decisões os deferiam... E o Poder Judiciário, em tais casos, virava a porta de entrada do SUS, o regulador de urgência de procedimentos e o responsável por escolher quem aguardaria ou não em uma fila de pacientes.

Os números comprovam esse fenômeno. Segundo os dados reunidos pelo CNJ em seu projeto “Justiça em Números” (BRASIL, 2022b), em 2021, 238.511 casos novos foram cadastrados sob o assunto “direito da saúde – pública”. Outro estudo do mesmo órgão, *Judicialização da Saúde no Brasil* indicou que, entre 2008 e 2017, o total de processos em primeira instância cresceu 50%, enquanto as demandas da saúde cresceram 130% (BRASIL, 2019).

O Estado de Santa Catarina recentemente encaminhou ofício para União Federal relatando a gravidade financeira que a Judicialização da Saúde lhe impõe. Os dados são impactantes: são 19.221 pacientes judiciais cadastrados, que criam um custo mensal de R\$ 43 milhões de reais, dos quais apenas R\$ 1,5 milhões de reais encontravam-se em sua competência administrativa. Em 2021, o custo com medicamentos por demanda judicial foi 4,7 vezes superior ao que se investiu no atendimento dos estabelecimentos hospitalares próprios (SANTA CATARINA, 2022)

O mais assustador, contudo, foi que muitos fármacos foram adquiridos de modo excepcional (judicial) para atender às decisões recebidas e fornecer medicamentos padronizados no componente especializado, para os quais a União Federal já possui procedimento de compra, mas não forneceu por considerar que o seu protocolo não foi atendido. Por esse motivo, o Estado chegou a pagar 1.133% a mais (de R\$ 214, 91 do MS para 2.649,25 na compra alcançada pela SES/SC) em um caso ou 56% em outro, mas em um fármaco que o Ministério da Saúde pagaria R\$ 159 mil e custou quase R\$ 250 mil reais. Apenas porque o Juízo optou por exigir uma compra pelo Estado, e não uma disponibilização pela União Federal (SANTA CATARINA, 2022).

Apesar de o problema criado ainda estar muito longe do seu fim, é inegável o esforço já realizado para reduzir absurdos criados por intervenções teratológicas. Nesta linha, destaca-se o Tema 106 do STJ (BRASIL, 2018) e o Tema 01 do Tribunal de Justiça Catarinense (SANTA CATARINA, 2016).

Eles passaram a exigir algumas medidas essenciais: negativa de tratamento padronizado, análise de filas e procedimentos em curso, comprovação de inviabilidade do tratamento padronizado, dentre outras situações.

3.3 Evolução da competência e o Tema 793

Restou estabelecido no item anterior que a base inicial da judicialização da saúde vem da afirmação de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Também ficou bastante evidente que o amadurecimento deste debate mudou o paradigma, permitindo aos operadores do direito prosseguir na leitura básica do artigo 196 e dos seguintes.

Assim, “descobriu-se” que a prestação da saúde pública ocorre por “políticas sociais e econômicas” através de “ações e serviços públicos integrados”. Ou seja, nas ações da saúde, tornou-se essencial olhar para o que é disponibilizado e por qual motivo isso não satisfaz o requerente.

Esse esclarecimento é essencial para compreender a celeuma da competência.

Com efeito, se inicialmente o pedido de fornecimento de medicamento ou tra-

tamento tinha como base o genérico “dever do Estado”, e esse é desempenhado de modo integrado pela União Federal, pelos Estados e Municípios, a maioria dos operadores do direito apressaram-se em concluir que qualquer um dos Entes Federados seria solidariamente responsável por atender a uma prestação judicial relacionada à saúde pública.

Essa lógica “não era absurda”, presumindo-se que fosse ignorado o conhecimento mais básico de como funciona o SUS e a notória e gritante conclusão de que cada Ente desempenharia papéis específicos, pois um sistema de tal magnitude não sobreviveria a uma bagunça tão grande, com cada Ente a prestar serviços individualmente escolhidos.

Naquele momento, contudo, isso era irrelevante. Afinal, a saúde seria direito de todos e dever do Estado (por qualquer Ente federado). Era irrelevante se o tratamento era padronizado, se estava disponível, se haveria opção eficaz em protocolo, se o tratamento era experimental e caríssimo. Fala-se, aqui, do início da judicialização da saúde, antes dos Tribunais conseguirem organizar sua jurisprudência oficial (ferramenta que ainda nem existia).

Os Estados e suas Procuradorias viam-se demandados em ações que não contavam com a presença da União Federal. Internamente, questionamentos razoáveis surgiam: a União suporta peso financeiro considerável do sistema, mas como ficará o custeio das condenações judiciais; e como o Ente Federal explicaria arcar com parte de uma condenação sem que seus representantes integrassem a lide?

Por essa razão, tornou-se praxe requerer o chamamento da União Federal ao processo, pois era cristalino que ali estava demonstrado o interesse mais básico e cristalino: o interesse financeiro!

Temerosos que ocorresse um óbito com um processo em suas mãos, bem como revoltados ao ver como o Estado não conseguia atender a um comando constitucional tão óbvio (“a saúde é direito de todos e dever do Estado”), grande parte do Poder Judiciário passou a tratar esses requerimentos como uma forma de tentar criar óbices ao processo judicial.

O Superior Tribunal de Justiça sepulta definitivamente a questão:

Tema 686 - O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde (BRASIL, 2014).

Não havia um erro básico e facilmente solucionável dos advogados, a quem bastaria incluir os três Entes Federados – a culpa era dos advogados públicos, que queriam “opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão”!

Com o passar dos anos, diante do colapso criado, com diversos exemplos de desperdício de verba pública para tratamentos caríssimos e/ou experimentais, constando-se pedidos que seriam facilmente obtidos administrativamente (e a estrutura judicial trabalhava inutilmente), o Poder Judicial começou a interessar-se no funcio-

namento ordinário da saúde pública. Afinal, ela destina-se a atender toda a população, não a específicos processos judiciais.

A lógica construída voltou-se integralmente para os protocolos do SUS, medida essencial para que um sistema de saúde pudesse atender a uma nação de proporções continentais. Providências básicas tornaram-se necessárias:

I – se um tratamento está disponível, a judicialização só é admitida com negativa;

II – se o pedido possui uma forma de tratamento padronizada diversa, é necessário provar que ela não seria eficaz;

III – o pedido feito deve ser compatível, adequado e admitido pelos órgãos de saúde/sanitários;

IV – se há uma urgência não atendida, mas que pode prejudicar outros, a situação do requerente não deve ser analisada ignorando o sistema.

Com redações e detalhes diferentes, de certo modo, esses aspectos foram delineados no Tema 106 do STJ e no Tema 01 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A base da judicialização da saúde silenciosamente modificou-se. Não é mais “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Passou a ser houve uma falha na execução ou no protocolo do SUS para o caso concreto.

Por que isso é tão relevante? Porque se a saúde é dever de todos os Entes, a solidariedade fazia algum sentido. Se ela passa a levar em conta o funcionamento do SUS, deixa de fazer sentido pedir medicamento básico para a União, se é dever do Município; ou oncológico ao Estado ou ao Município, se são tratados exclusivamente entre União e UNACONS.

Nesta nova lógica surge o Tema 793 do Supremo Tribunal Federal:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (BRASIL, 2020).

Finalmente, as obrigações específicas financeiras e administrativas do SUS foram pacificadas no Poder Judiciário e perdeu o sentido a obsoleta tese da solidariedade. Apesar desse avanço, o Excelso Pretório desperdiçou a oportunidade de eliminar de vez a discussão da competência nestas ações nos embargos de declaração que se seguiram. Aliás, fez pior: a decisão que os rejeitou (e, logo, em nada mudou o acórdão) deu margem para sobrevida da tese anterior.

Com base nisso, ao receberem processos da Justiça Estadual, nos quais foi incluída a União, diversos Juízes Federais passaram a suscitar conflito de competência ao Superior Tribunal de Justiça, que demonstra ainda não ter compreendido o Tema 793 (e a estrutura do SUS). Recentemente, o STJ pacificou seu entendimento:

Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na ANVISA, analisar se compete ao autor a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência, examinar se é indevida a inclusão da

União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal (BRASIL, 2022c).

A decisão é caótica do ponto de vista prático, mas curiosa academicamente:

I – Em um conflito de competência, cabe ao Tribunal fixar o Juízo correto. Na decisão, contudo, fixa que “compete ao autor”, pela decisão entre incluir ou não a União. O STJ, ao “pacificar” a jurisprudência em conflitos, não fixa a competência.

II – Ao definir que a escolha entre incluir a União ou não é exclusiva do autor (salvo falta de registro da Anvisa), este é provavelmente o primeiro caso explícito de legitimação de *forum shopping* entre as jurisdições estadual e federal.

O mais impressionante, contudo, é que esta decisão é proferida poucas semanas após a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidir que a presença da União no processo **não é facultativa nos casos em que tem responsabilidade pelo tratamento ou por não o ter padronizado:**

Por unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) manteve, nesta terça-feira (22), o fornecimento de medicamentos registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não previstos em protocolo clínico do Sistema Único de Saúde (SUS). Ao aplicar entendimento do Plenário da Corte (Tema 793 de repercussão geral), o colegiado determinou a inclusão da União como parte no processo e, por consequência, remeteu os autos à Justiça Federal para julgamento. O fornecimento do medicamento, determinado pela justiça estadual de Mato Grosso do Sul, será mantido até apreciação da matéria pelo juízo federal competente.

[...]

O relator das ações, ministro Dias Toffoli, salientou que, em demanda para fornecimento de remédio que não consta nas políticas públicas instituídas pelo SUS, a União deve integrar necessariamente o processo, sem prejuízo da presença do Estado de Mato Grosso do Sul ou do município na relação processual. Assim, permanece, em harmonia, a responsabilidade solidária dos entes federados nas demandas relacionadas à área da saúde, casos em que a competência originária deve ser da Justiça Federal (artigo 109, inciso I, da Constituição Federal).

Esse entendimento, segundo Toffoli, tem origem no Tema 793 de repercussão geral, uma vez que, ao enunciar a possibilidade de o polo passivo ser composto por qualquer ente federativo isolado ou conjuntamente, preconiza que cabe ao Poder Judiciário, “diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização direcionar o cumprimento segundo as regras de repartição de competências” (BRASIL, 2022d).

Com essa nova informação, o momento é de esperança para que a questão seja solucionada com justiça e que a segurança jurídica passe a reinar sobre as ações de medicamento.

4 ANÁLISE CRÍTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÓS TEMA 793

4.1 A Natureza da Justiça Federal no Brasil e um comparativo com os Estados Unidos

No centro do problema de competência múltipla em matéria da saúde, encontra-se a decisão do direito brasileiro de estabelecer uma Justiça Federal com competência *ratione personae*. Ela é atraída quando se encontra no polo passivo um órgão federal, que pode ser a União Federal, instituições de administração federal indireta, outros órgãos federais autônomos (como a OAB) e mesmo o Ministério Público Federal, desde que sua atuação, no caso em questão, não extrapole suas atribuições.

No sistema jurídico norte-americano, excelente base de comparação por também se tratar de uma federação com território de proporções continentais, a Justiça Federal apresenta competência *ratione materiae*, mais especificamente se o direito é alegado com base em uma norma federal ou não.

Diante disso, verifica-se que as Justiças Federais dos dois países são completamente diferentes, pois enquanto a brasileira possui vocação substancialmente de direito público, a americana trata de basicamente qualquer tema, inclusive entre particulares.

Também é mais simples identificar a competência federal, através da análise da tese levada a Juízo, que precisará trazer fundamento de legislação federal. E, neste ponto, há que se explicar porque aquele sistema sequer seria viável no Brasil.

Dentre a divisão de competência legislativa contida na Constituição Federal, observa-se uma gama extremamente limitada de matérias reguladas exclusivamente pelos Estados (e os Municípios). Geralmente, tem-se competências exclusivas da União Federal ou divididas entre esta e os demais Entes.

Nestas situações, a União Federal fixaria normas gerais e os Estados as normas específicas. Não é essa a realidade. Aliás, seria discutível afirmar que há jurisprudência brasileira suficientemente madura para definir o que é norma geral ou específica (com a consequente inconstitucionalidade da que é exorbitante à sua vocação). Na prática, as normas federais “gerais” são chocantemente extensas e detalhadas, enquanto as normas estaduais “específicas” usualmente repetem os termos federais (algo sequer necessário) e evitam ao máximo qualquer inovação que poderia ter sua constitucionalidade questionada.

No direito norte-americano há justamente uma cultura oposta. Fruto de uma nação que surge da União de Estados/colônias bastante organizados e revoltados com uma ingerência que consideraram excessiva do governo central (inglês), a competência legislativa é usualmente estadual, tolerando-se a normatização federal dentro daquelas competências definidas na própria Constituição, como um reconhecimento de parcela de poder cedido pelos Estados à União.

Isso faz com que as áreas de sobreposição – legislativa e, por consequência, de competência – de atuação estadual e federal seja excepcional e reduzida. Certamente é possível recordar algumas situações e, dentre elas, é possível discutir se há, real-

mente, multiplicidade de competência, e não uma inconstitucionalidade da norma federal ou estadual, por invadir a legitimidade de outrem.

Um grande exemplo disso é a discussão sobre a chamada “*commerce clause*”. Embora em regra os Estados legislem inclusive sobre normas comerciais, a Constituição norte-americana reservou à União Federal uma competência para situações em que há uma rede que afetará necessariamente diversos Estados. Isso representava uma realidade limitada na época de fixação da cláusula e mostra-se um problema crescente na atualidade. Sempre que o Congresso precisa fazer uso da *commerce clause*, há justa preocupação se há risco de absorção indevida de parcela de poder dos Estados (MAY, 2011).

Em síntese, caso o sistema judicial brasileiro caminhasse para uma realidade semelhante ao estadunidense, é possível cogitar que ocorreria quase uma absorção da Justiça Estadual pela Federal, pois mesmo em ações pautadas em direito local costuma ocorrer aplicação concomitante da Constituição ou de leis federais.

Isso, contudo, não chancela a escolha brasileira ou a torna perfeita para o sistema judicial nacional. A opção por se ter uma Justiça Federal fixada em razão da presença de algum órgão federal em um dos polos do litígio não é uma decisão isenta de críticas, em diversos aspectos, como distribuição de recursos financeiros, gestão de processos, isonomia, segurança jurídica, entre outros aspectos. Também cria situações curiosas, como a migração de uma ação para a esfera federal simplesmente pela presença da OAB, de Conselho profissional ou pelo Ministério Público ou órgão ambiental federal terem decidido por atuar mais rápido que o estadual em casos nos quais seria possível que ambos o fizessem.

Ademais, e esse é o aspecto mais relevante para este estudo, surgem dois problemas extremamente graves:

- a) potenciais situações de competência dúplice, nas quais uma ação irá para a esfera estadual ou federal por detalhes ou mera escolha do autor;
- b) a questão do “interesse” da União Federal (ou outra pessoa jurídica federal) no conflito e quais os requisitos para que ele efetivamente esteja configurado.

A não ser que se considere o Juiz Natural uma irrelevância ou uma falácia – e esta não é a situação defendida neste estudo, cabe uma ressalva muito relevante: o interesse não pode ser um conceito indefinido e variável, a ser livremente levantado ou descartado pelo órgão supostamente interessado, ou – menos ainda – uma faculdade do Juízo Federal, destinada a decisões de “política judiciária”, a garantir uma gestão “saudável” de carga de processos.

É preciso construir, pela lei e jurisprudência, um conceito seguro, uniforme e coerente do que é interesse de um órgão federal, pois, do contrário, não há Juízo previamente definido. Haveria apenas uma consulta em cada situação, ao órgão federal ou ao Juízo Federal, se deseja ou não receber o processo. É difícil acreditar que algum operador do direito realmente possa defender que uma Democracia madura seria compatível com tal cenário.

Seria algo análogo a imaginar um Estado em séculos passados no qual um juiz deveria, assim que recebesse um processo, perguntar ao Monarca Absolutista se po-

deria decidi-lo ou se ele teria interesse em acompanhá-lo e, por isso, deveria enviá-lo a um Juízo que lhe desse a prerrogativa de foro.

Não se afirma que o conceito de interesse deva ser simples, óbvio ou evidente em todos os casos. Mas ele deve ser uniforme e coerente dentre todas as situações de competência federal. Não pode, por exemplo, explicar que uma causa tenha interesse da União por possível responsabilidade financeira em algumas matérias, mas não em outras.

4.2 O interesse no processo em sua faceta mais óbvia: impacto financeiro direto

Ao se estabelecer uma competência em razão do interesse de uma pessoa (jurídica), algo bastante complexo e polêmico do ponto de vista da segurança jurídica, o conceito de interesse relevante vem ao centro do debate.

Por exemplo, se uma demanda entre particulares fizer surgir uma determinação para que um órgão público pratique um ato, isso é suficiente para trazer o Ente Público ao feito? Cada ofício ao Detran/Denatran; à Receita Federal, Estadual ou Municipal; comunicações ou requisições de informações a agências reguladoras; entre outras possibilidades. É precipitado concluir que isso seja suficiente.

Por outro lado, quando uma pessoa – qualquer pessoa! – correr o risco de um decréscimo patrimonial, não seria importante deduzir o seu interesse no processo? Talvez lhe assegurar o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório... Certamente qualquer estudante de direito ou cidadão consciente sem formação jurídica poderia jurar ter visto algo semelhante! Soa justo, justíssimo.

Afinal, o mínimo que o Estado, no caso o Estado-Juiz, deve assegurar é que “ninguém será privado [da liberdade ou] de seus bens sem o devido processo legal”. Ora, essa é a chamada cláusula do devido processo legal. A garantia mais famosa da Carta Magna, e também o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal e a célebre “Fourteenth Amendment” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2021) que embasa diversas decisões da Suprema Corte Americana. Também é sempre lembrada em documentos importantes de direitos humanos, como na Declaração das Nações Unidas, em seu artigo 17 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Dentre todos os debates sobre o que constitui interesse em um processo, é de cristalina obviedade que o risco de prejuízo financeiro é a mais básica e indiscutível comprovação de interesse em acompanhar um processo!

Como seria concebível que um Ente Público sofresse um prejuízo financeiro em um processo judicial sem que sua defesa jurídica, prevista na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, esteja presente para tentar evitá-lo (caso injusto) ou garantir que não seja excessivo?

É exatamente esse aspecto que está em discussão na Judicialização da Saúde: é inaceitável que se defenda a existência de um processo que trará ônus financeiro para União Federal sem que ela seja parte nele!

Tem-se a presença do aspecto mais básico de interesse no processo: o financeiro!

4.3 Fatores ocultos no debate: carga de trabalho, ressarcimento da União Federal e a evolução da política de padronizações

O maior problema dos debates de competência na Judicialização da Saúde, acirrados após o Tema 793, está nos fatores ocultos que inevitavelmente afetarão a futura decisão. Aspectos tão relevantes na tomada da decisão que raramente serão vistos nas peças judiciais, mas que talvez tenham um peso até mais relevante que os argumentos jurídicos para a conclusão final.

O primeiro deles é o **impacto que esse conjunto de ações trará na carga de trabalho para a Justiça** que foi finalmente estabelecida. Embora pareça algo irrelevante sob o ponto de vista teórico, as ações da saúde são numerosas e trazem uma carga emocional impactante ao decisor. É pueril acreditar que esse aspecto não afeta, ao menos inconscientemente, a avaliação feita nos Juízos envolvidos.

Uma vez definida a competência correta – se isso ocorrer – um dos Juízos acrescentará numerosos processos aos muitos que já possui e decidirá questões de grande sensibilidade, trazidas por pessoas no momento mais delicado de suas vidas. E outro será aliviado destes dois pesos. Em um cenário ideal, isso seria resposto com novas nomeações, mas não há essa certeza.

Há, também, **a carga de trabalho que tais ações representam para a Advocacia Geral da União Federal**. Essa é uma das únicas razões aceitáveis para compreender o motivo de um defensor do Poder Público Federal lutar para ficar de fora de uma ação com elevado potencial de trazer condenação financeira à União.

O outro motivo também é subvalorizado: **a dificuldade de obter ressarcimento administrativo pela União Federal**. Ora, se com os processos na Justiça Estadual os gastos ficam com os Estados e Municípios, que raramente (ou lentamente) conseguem ser ressarcidos, há que se lutar ferrenhamente contra essa mudança, sob a ótica da União.

O ressarcimento logicamente é complexo. Afinal, inobstante os frágeis argumentos usados para alegar a “falta de interesse da União”, trata-se de uma condenação pela qual não teve direito de defesa jurídica. Também se tem estruturas sobrecarregadas para atender às ordens judiciais, com pouco tempo de sobra para organizar o ressarcimento. Ademais, pelos repasses fundamentais que a União Federal realiza dentro do SUS, não é absurdo presumir um receio de represálias.

A União Federal também frequentemente é **desobrigada de responsabilidades administrativas que seriam suas, por desconhecimento dos Juízes**. Por exemplo, tanto nos tratamentos oncológicos quanto no componente especializado de alto custo, é usual que o Estado seja condenado a adquirir os medicamentos. Na esfera administrativa, essa obrigação não é sua!

Nos tratamentos oncológicos, a responsabilidade em adquirir os fármacos seria do UNACON/CACON ou da União Federal. No componente especializado, se não há fornecimento e o Juízo entende que houve um erro no protocolo, este é imposto aos Estados pela União. Ou seja, se o paciente atende ao protocolo, a União Federal irá adquirir e fornecer o fármaco. Se a decisão judicial diverge de uma negativa, deveria

aplicar a carga substitutiva à decisão para que seja equivalente ao protocolo cumprido, sendo fornecido pela via administrativa pela União. Não faz sentido exigir que o Estado adquira.

Esse fenômeno, contudo, **reflete a perda da noção do que é a judicialização da saúde.** Se ela não é mais um fornecimento por uma genérica ideia de direito ilimitado à saúde, como em seu inicial, então é preciso compreender seu contexto.

Ora, o paciente precisa fazer o paralelo de seu quadro com o protocolo padronizado e mostrar que lhe foi negado ou que, por razões clínicas justas, não lhe é aplicável. **Ou seja, a decisão judicial favorável nada mais é do que uma retificação de negativa incorreta ou o reconhecimento de que há um erro de protocolo do tratamento ou, no mínimo, de que esse deveria ter alternativas para situações excepcionais.**

Somente assim uma decisão judicial integra-se a uma realidade como a do SUS. Ela casa-se com o conceito básico de jurisdição, “dizendo o direito em substituição à parte que não o fez”.

Ocorre que os protocolos e as padronizações do SUS são definidas pela própria União Federal, especialmente através do CONITEC. Se há uma negativa por falta de padronização, a responsável é a União. Se o indeferimento é por não atender todos os requisitos, esses são fixados por ela. E se o atendimento protocolar excepcionalmente é insuficiente, a falta de alternativa também advém da União Federal.

É o que consta do art. 19-Q da Lei n. 8.080/90 (acrescido pela Lei n. 12.401/11):

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

Chega-se a uma conclusão curiosa: se o cenário de ações sem a presença da União Federal retira-lhe ônus financeiro (na prática), procedimental e ainda represa trabalho considerável que seria absorvido pela AGU, **qual estímulo o Ente Federal possui para acelerar a padronização de protocolos e tratamentos que a Justiça entende incorreto ou faltante** – efetividade máxima da razão de agir do Estado-Juiz na Judicialização da Saúde?

É extremamente frustrante aos advogados públicos estaduais e municipais lidarem com a fúria de Juízos e suas multas cominatórias e contundentes reprimendas para maior celeridade, tudo sob o suposto desejo de ver efetivado o direito à saúde, enquanto, ao mesmo tempo, dirigem a recriminação àqueles Entes que não têm o poder de mudar o cenário e tornam cada vez mais cômoda a posição daquele que poderia melhorar a prestação, caso motivado.

Por fim, há o aspecto mais delicado. No cenário atual, nos tratamentos de responsabilidade da União (grande maioria dos judicializados), há certeza de competência da Justiça Federal se esta é incluída e grande celeuma sobre a competência da Justiça Estadual. **Por qual motivo, então, tão frequentemente ocorre o ajuizamento na Justiça Estadual?**

A pergunta é extremamente delicada e talvez o recomendável fosse deixá-la sem resposta, como provocação. Contudo, o intuito é expor os fatores ocultos. A prática na PGE/SC mostra que são raríssimas as medidas liminares na Justiça Federal sem ao menos uma análise favorável do NATJUS ou perícia. Não é pouco frequente ver deferimento de medidas liminares na Justiça Estadual que são reiteradamente rejeitadas na esfera federal. Somente isso explica que advogados especializados, com diversas ações nesta área, insistam em uma via que pode ser mais tortuosa para seu cliente.

5 FORUM SHOPPING NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

5.1 Forum Shopping e Cherry Picking no Direito

A situação descrita nos itens anteriores é muito bem explicada por dois termos frequentemente estudados pelo mundo em análise dos sistemas jurídicos: *cherry picking* e *forum shopping*, que, na realidade, pode ser visto como uma modalidade do primeiro.

A prática de *cherry picking* é extremamente frequente e tão incorporada ao direito brasileiro que é possível especular que todo profissional já o fez em algum momento da carreira, muitas vezes sem perceber.

O termo *cherry picking* pode ser traduzindo como escolha da cereja. E, de certo modo, a metáfora é perfeita: imagine-se uma criança diante de uma tigela cheia de cerejas, procurando aquela que é a maior, mais vermelha, mais doce... Agora imagine-se o operador do direito procurando o princípio mais interessante para o seu caso, a citação mais benéfica (ou menos prejudicial), o Juízo com histórico mais favorável, etc.

Uma das situações de *cherry picking* que gera mais debate nos Estados Unidos, por exemplo, é na aplicação de direito transnacional ao se buscar decisões ou legislações de outros países para auxiliar na resolução de conflitos no direito interno. Ora, é possível ver essa prática nos Tribunais Brasileiros com certa frequência. Mais do que isso: ao se ver uma referência a um julgado de uma Corte Máxima norte-americana, alemã, francesa, argentina... a reação costuma ser de encanto com a erudição do prolator. Os críticos desta prática, contudo, trazem uma pergunta intrigante: por qual motivo se escolheu aquela Corte, daquele país? (JACKSON, 2010, p. 114).

É exatamente esse o problema do *cherry picking* na prática jurídica. O papel essencial do direito no Estado Democrático de Direito é dar segurança jurídica, dar previsibilidade aos indivíduos sobre quais direitos e deveres possuem e como um cidadão de bem, que deseja ser cumpridor das leis, deve se comportar. Neste contexto, quanto mais espaço houver para *cherry picking*, menos segurança jurídica haverá.

O *forum shopping* é o *cherry picking* entre Juízos dentre os quais pode ser apresentado um determinado litígio. Em uma situação hipotética, o advogado do autor prepara-se para ajuizar uma demanda. Percebe, contudo, que a causa poderia ser apresentada acima ou abaixo da alçada do Juizado, comportaria presença de órgão federal e o autor divide sua residência fixa entre duas localidades. Com isso, visuali-

za oito Juízos potencialmente competentes. Passa a analisar as decisões recentes de cada Juízo para situações similares. Nos Juízos I, II e III, os pedidos são rejeitados. Nos Juízos IV, V, VI e VII, há pedidos deferidos desde que atingido um nível probatório elevado (requisitos rigorosos). Por fim, no Juízo VIII, os pedidos são sempre deferidos, com liminar imediata e baixa exigência probatória. Desta forma, a ação é manejada no Juízo VIII. Tem-se aqui um exemplo perfeito de *forum shopping*.

Propõe-se uma divisão das hipóteses de *forum shopping* por dois critérios:

A) **Conhecido ou desconhecido:** é possível que a competência múltipla já tenha sido abordada pelo Poder Legislativo e/ou Judiciário (conhecido), ou que decorra de mudanças legais ou fenômenos novos façam com que situações de *forum shopping* se apresentem, sem que exista sinalização na lei ou jurisprudência (desconhecido), se há um único Juízo certo ou se cabe uma escolha ao autor; e

B) **Legítimo ou ilegítimo:** nestas situações, a existência de múltiplos Juízos potencialmente competentes apresenta ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo, que tem a oportunidade de eliminá-lo ou mantê-lo – se considera aceitável, torna-se legítimo, se proíbe ou propõe a proibição, mostra-se ilegítimo.

Uma vez compreendido o conceito de *forum shopping*, é possível compreender que ele é incompatível com o conceito de Juiz Natural. Se há Juiz Natural, um Juízo é previamente definido, não a escolha a ser feita. Portanto, aceitando-se o Juiz Natural como relevante para uma Justiça que respeite o devido legal e as garantias processuais, o *forum shopping* é inadmissível.

5.2 O advogado diante de hipóteses legítimas de *forum shopping*

Diante do dilema apresentado, o dever ético do advogado precisa ser avaliado sob dois aspectos: perante a Justiça e perante a parte que representa.

O advogado é essencial à Administração da Justiça e, como tal, possui graves deveres éticos que devem pautar sua relação com o Poder Judiciário, no processo e fora dele. Grande parte dos deveres éticos do Código de OAB são relativos a isso.

Portanto, se um advogado, ciente de que um foro de ajuizamento é incompetente, ajuíza um pedido com o intuito de obter uma análise de um Juízo historicamente mais sensível à sua tese, fere sua obrigação ética com a Justiça. Isso ocorre quando usa endereços com informações indevidas de endereço de residência da parte ou justifica o ajuizamento por tese de competência vedada por lei ou pela jurisprudência.

Um exemplo é o pedido de liminar em ações que seriam de competência do Tribunal de Justiça, caso optasse por um mandado de segurança. Quando o legislador cria essa restrição, para muitos não compreendida, busca justamente coibir uma situação de *forum shopping*².

No entanto, conforme explicado inicialmente, o advogado também possui deveres éticos com seu representado. Ao ser contratado, não promete um resultado, mas

2 O correto para atingir essa finalidade seria suprimir o mandado de segurança, cuja finalidade encontra-se completamente absorvida pelo estágio atual das medidas de cautela no procedimento comum. Tal debate, contudo, caberia a um estudo completamente dedicado a isso.

coloca à disposição o conhecimento por ele obtido para defender o outorgante até o limite de suas capacidades e conhecimento.

Neste contexto, **diante de um cenário de *forum shopping* legítimo**, no qual os Poderes Judiciário e/ou Legislativo atuam em evidência de saberem se uma competência dúplice/múltipla e cancelam essa realidade de modo explícito ou implícito, o advogado tem a liberdade – ou talvez até o dever – de buscar o mais favorável ao seu cliente.

Finalmente, poderia cogitar-se de casos nos quais a hipótese de competência múltipla ainda é desconhecida ou recente, sem enfrentamento legislativo ou decisões anteriores. Em tais cenários, o recomendável é que o advogado se mantenha fiel ao seu conhecimento técnico, buscando o Juízo “mais” competente, não o mais favorável. Afinal, sua atividade é de meio, não de fim.

Quando se usa o termo *forum shopping*, a reação inicial é de repulsa e o advogado costuma ser visto como alguém tentando se aproveitar de brechas do sistema. Quanto ao sentimento de repulsa, ele não deve desestimular o seu uso. A mera existência de hipóteses de *forum shopping* é bastante grave, e não se pode fingir que o problema não existe. No tocante à segunda parte, é preciso achar o verdadeiro culpado. Uma hipótese de *forum shopping* somente é legitimada ao advogado pelo Estado (pelos Poderes Judiciário ou Legislativo), a quem cabe a culpa sempre que se recusarem, por ação ou omissão, a eliminar hipóteses múltiplas de competência.

5.3 Dever dos Poderes Judiciário e Legislativo de eliminar as hipóteses de *forum shopping*

Ao longo dos itens anteriores, buscaram-se dois objetivos: apresentar a realidade jurídica e processual da Judicialização da Saúde e firmar as premissas para que se possa avaliar se o *forum shopping* é ou não aceitável.

As premissas fixadas são essas:

Premissa 1: O Juiz Natural é uma base ética da Administração da Justiça, ao assegurar que o Juízo estará previamente fixado antes mesmo de existir o conflito. Com isso, impede-se que um Juízo posteriormente definido seja mais benéfico ou prejudicial a uma das partes. Isso não significa que uma alteração de competência tenha ou teria esse propósito – o princípio tem como finalidade evitar o mero risco de isso ocorrer.

Premissa 2: *forum shopping* pressupõe a existência de múltiplos Juízos competentes (dois ou mais), o que obviamente fere a garantia do Juiz Natural, que corresponde a um Juízo previamente definido.

Premissa 3: Para que exista um *forum shopping* realmente disponível ao autor, ele precisa ser legitimado pelo Estado através do Poder Judiciário e/ou do Poder Legislativo, uma vez que, se o Juízo correto for definido, a suposta escolha se converterá doravante em uma litigância de má-fé.

Fixadas essas premissas, conclui-se que o Estado, por seus Poderes constituídos, tem o dever de coibir potenciais situações de *forum shopping* sob pena de violar o

princípio do Juiz Natural e, com isso, a Constituição e garantias fundamentais, que precedem a existência de um Estado.

Ainda que o problema possa parecer pequeno para parte dos operadores do direito, a estrutura democrática não pode permitir uma mínima rachadura, que pode ser usada para destruir seu sistema.

Cria-se um exemplo teórico: um Estado passa a tolerar *forum shopping* para exigir tributos, eleva a carga tributária e o peso das punições e possibilidades expropriatórias. Dentre supostos três Juízos competentes, escolhidos pelo Estado para realizar a cobrança, o Juízo “A” possui uma postura ativista e frequentemente impede qualquer satisfação tributária. O Juízo “B” aplica as leis, mas impede que excessos violem garantias fundamentais. O Juízo “C”, por fim, segue as medidas mais extremas para cobrar os tributos. Neste contexto, a estrutura do Estado pode ser usada para que os apoiadores dos governantes sigam para o primeiro, os seus críticos para o último e os neutros para o moderado.

Uma vez admitida a violação da garantia, basta que a estrutura de poder desenvolva uma má ideia e um desejo de aplicá-la para a democracia entrar em colapso.

É essencial que se retome o respeito ao Juiz Natural, preservando-o na jurisprudência sempre que necessário e realizando-se os ajustes legislativos cabíveis. A Justiça é responsável por defender o direito e preservar a segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito. Não é compatível com sua dignidade que sua estrutura seja “estudada” como um mercado de rua visitado por um consumidor que passe de loja em loja em busca do “produto” que lhe parece mais interessante. E, sem eufemismos ou melindres, é isso que o *forum shopping* traz ao direito. E o “vilão”, em um caso e no outro, não é o consumidor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate alimentado pelas decisões recentes quanto à potencial faculdade do autor de escolher por incluir a União Federal nos casos em que inequivocamente é responsável pelo tratamento (oncológico e componente especializado de alto custo) ou pela lide (não padronização) e, por consequência, entre buscar a Justiça Federal ou a Justiça Estadual por sua liberalidade, mostra-se inegavelmente um estímulo ao *forum shopping*.

Contudo, há esperança de reversão.

Caso mantida a posição recente do Superior Tribunal de Justiça, ficará legitimado um dos casos mais gritantes de *forum shopping* no direito brasileiro, produzido exclusivamente pelo Poder Judiciário. Os advogados terão praticamente o dever de conhecer o entendimento de ambos os Juízos para buscar o mais benéfico ao seu cliente. Afinal, seria praticamente lesar o direito que devem proteger por omissão ou negligência.

Todavia, se a posição da 1ª Turma do Excelso Pretório for chancelada na Corte máxima, a Justiça escolherá o caminho mais trabalhoso e compatível com sua natureza, de buscar segurança jurídica, não opções lotéricas dentre Juízos. Com o tempo,

novas dúvidas surgirão em casos limítrofes, talvez ainda inexistentes: no caso X, realmente há interesse da União? Afinal, as suas obrigações e impacto podem ser mínimos. Essa análise pode ser complexa – e não existiria na proposta do STJ. Mas se saberá que o Juízo competente será o Estadual OU o Federal. Como em toda disputa/conflito de competência, essa é definida ao Juízo A. Ou ao Juízo B. Mas, em hipótese alguma, um conflito de competência deve concluir que a escolha é do autor...

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, CNJ, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números Digital** (painel *online*). (2022b). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros> Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Casa Civil, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípio e como funciona. (2022a). Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus-estrutura-principios-e-como-funciona> Acesso em: 07 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Assunção de Competência no Conflito de Competência 187533**. Julgado em 31.maio 2022 (2022c).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 106**. Publicado em DJe em 04 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 686**. Publicado em DJe em 17 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (*online*). **1ª Turma mantém fornecimento de remédios registrados pela Anvisa e não incluídos em lista do SUS**. (2022d). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=483914&ori=1> Divulgado em 22.03.2022 Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793**. Publicado em DJe em 16 abr. 2020.

DIAS, Bruno de Macedo. **A constitucionalidade de filtros ao Acesso à Justiça para assegurar o funcionamento sustentável do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DICKINSON, Harry T. Magna Carta and the American Revolution. *In*: GOLDWIN, Lawrence. **Magna Carta history, context and influence**. Londres: University of London Press, 2018. pp. 79–100.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution fo the United States**. Original de 17 set. 1787. Washington: National Center for Constitutional Studies, 2021.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 103-131.

KAFKA, Franz. **The Trial** (*kindle version*). Traduzido por David Wyllie. Amazon: 1925.

MAY, James. **Principles of constitutional environmental law**. Chicago: Eli Press, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por> Acesso em: 18 jun. 2022.

SANTA CATARINA. **Ofício conjunto n. 001/2022 da COJUR/SES/SC e do NARAS/PGE/SC para o Ministério da Saúde**. Datado de 27 abr. 2022. Constante do PGE 2808/2022. Disponível em: <https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo> Acesso em: 18 jun. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Tema 01**. Publicado em DJe em 07 dez. 2016.

SHAKESPEARE, William. **The Merchant of Venice** (*Kindle*). Amazon Classics, 2017.

VINCENT, Nicholas. Magna Carta: from King John to western liberty. *In*: GOLDWIN, Lawrence. **Magna Carta history, context and influence**. Londres: University of London Press, 2018. p. 25-40.

VLACHOPOULOS, Spyridon. Constitutional Mithridatism: Fundamental Rights in Times of Pandemic. **The Visio Journal**, v. 6, p. 10-20, 2021: The Covid-19 Pandemic and Human Rights.



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

Ofício n. 001/2022

Florianópolis, 26 de abril de 2022.

Senhores Secretário-Executivo e Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

Conforme o modelo federativo previsto na Constituição Federal de 1988 e segundo a legislação infraconstitucional sanitária, as três esferas federativas têm competências específicas e comuns no âmbito da assistência à saúde.

Dentro de tal contexto, a atuação da direção nacional do SUS é essencial em diversas frentes, dentre as quais a de coordenar o sistema, deliberar sobre novas tecnologias, elaborar protocolos de diretrizes terapêuticas, financiar e/ou adquirir fármacos com maior custo para o serviço público de saúde (grupo 1 do CEAF, CESAF, APAC na oncologia, programas especiais como o de diabetes).

Por sua vez, cabe aos estados/municípios a atuação em seus respectivos territórios, com enfoque na descentralização dos serviços, coordenação de redes e implantação de serviços de referência, como também aquisição/financiamento de fármacos ou produtos de custo intermediário ou básico.

A inobservância da organização e do modo de funcionamento do SUS traz sensíveis desafios às três direções. Por outro lado, uma maior cooperação entre as esferas federativas, com olhar para a judicialização da saúde, pode contribuir decisivamente para minimizar os impactos decorrentes de tal fenômeno.

Observamos que parte das sugestões merece maior atenção no âmbito da instância adequada no SUS, a Comissão Intergestores Tripartite, CIT. Mesmo assim, entendemos que o diálogo institucional ora estabelecido pode contribuir na proposição de soluções para os desafios inerentes ao tema.

Assim, em atenção à reunião realizada por videoconferência entre representantes do Ministério da Saúde, Advocacia Geral da União, Secretaria de Estado da Saúde e Procuradoria-Geral de Santa Catarina no dia 06.04.2022, e, com o escopo de fortalecer a atuação dos entes federados e do próprio SUS, apresentamos em anexo propostas relacionadas ao tema da judicialização da saúde, numeradas por ordem de prioridades.

Atenciosamente,

THIAGO AGUIAR DE CARVALHO
Procurador do Estado
SES/COJUR

FELIPE BARRETO DE MELO
Procurador do Estado
NARAS/PGE/SC

Aos Senhores
Rodrigo Otávio Moreira da Cruz e João Bosco Teixeira
Secretário-Executivo e Consultor Jurídico do Ministério da Saúde



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

ANEXO 1

QUESTÕES RELACIONADAS AO CUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS

1. Compra centralizada pelo Ministério é uma economia para todos os entes:

Em 2021 a Secretaria de Estado da Saúde, SES/SC, gastou 4,7 vezes mais com medicamentos judicializados do que com medicamentos para o atendimento dos 13 estabelecimentos hospitalares próprios.

Atualmente a SES/SC conta com 19.221 pacientes judiciais ativos atendidos com 1.994 medicamentos diferentes (Quadro 1), sendo que, R\$11.298.043,97 mensais são relativos a fármacos disponibilizados por políticas públicas do SUS.

Quadro 1 - Distribuição das apresentações de medicamentos adquiridos para cumprimento das demandas judiciais na SES/SC, de acordo com a política pública, e valor financeiro correspondente

Classificação	Descrição/características	Nº de Apresentações	Custo mensal demandado SES/SC
CEAF Grupo 1 A	Medicamentos padronizados no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, alocados no grupo 1A, cujo financiamento e aquisição são de responsabilidade do Ministério da Saúde	113	6.811.106,46
CEAF Grupo 1 B	Medicamentos padronizados no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, alocados no grupo 1B, cujo financiamento é de responsabilidade do Ministério da Saúde e a aquisição é das Secretarias de Estado da Saúde	50	1.318.900,64
CEAF Grupo 2	Medicamentos padronizados no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, cujo financiamento e aquisição é de responsabilidade das Secretarias de Estado da Saúde	98	114.898,44
CESAF	Medicamentos padronizados no Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica, cujo financiamento e aquisição são de responsabilidade do Ministério da Saúde	35	61.888,11
CBAF	Medicamentos padronizados no Componente Básico da Assistência Farmacêutica, cujo financiamento é tripartite e a aquisição é de responsabilidade das Secretarias Municipais de Saúde	231	33.833,40



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

Oncologia	Medicamentos oncológicos, cujos procedimentos previstos na política nacional de oncologia no SUS são de financiamento do Ministério da Saúde	7	829.690,03
Não padronizado	Medicamentos que não se enquadram nas categorias anteriores.	1597	33.279.613,83
Importado – (não padronizado)	Medicamentos sem registro na ANVISA ou ainda sem comercialização no país.	42	1.707.678,92
Total		1944	43.072.807,47

Freqüentemente o Estado de Santa Catarina recebe determinações judiciais para aquisição de produtos registrados ou não pela Anvisa, itens oncológicos ou que integram o grupo 1 do CEAF.

A compra centralizada pela União normalmente resulta em considerável redução de custos ao erário, porquanto o Ministério da Saúde consegue obter ganho de escala e realizar negociações mais favoráveis com os fabricantes, **a exemplo do fármacos do grupo 1A do CEAF.**

Exemplos desta diferença constam no Quadro 2, o qual descreve os valores de produtos adquiridos pela SES/SC no ano de 2021 e de itens adquiridos pela política pública do Ministério da Saúde.

Quadro 2 – Média de valores de aquisições de medicamentos em compra centralizada pelo Ministério da Saúde e compra realizada pela SES/SC faturadas no ano de 2021.

NOME GENÉRICO / PRINCÍPIO ATIVO	Política Pública	Valor unitário Aquisição SES/SC (R\$)	Valor unitário Aquisição MS (R\$)	% pago a mais pela SES/SC
ADALIMUMABE 40MG Seringa	CEAF 1A	2.649,25	214,91	1133%
CINACALCETE 30MG Comprimido	CEAF 1A	3,78	0,90	322%
DASATINIBE 100MG Comprimido	ONCOLOGIA	274,35	69,47	295%
DASATINIBE 20MG Comprimido	ONCOLOGIA	69,07	13,89	397%
ETANERCEPTE 25MG Frasco ampola	CEAF 1A	637,84	139,17	358%
ETANERCEPTE 50MG Frasco ampola	CEAF 1A	1.232,30	280,51	339%
FINGOLIMODE, CLORIDRATO 0,5 MG Cápsula	CEAF 1A	90,62	28,90	214%



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

IMATINIBE MESILATO 100MG Comprimido	ONCOLOGIA	9,39	3,83	145%
IMATINIBE MESILATO 400MG Comprimido	ONCOLOGIA	31,99	8,33	284%
INFLIXIMAB 10 MG/ML, 10 ML ampola	CEAF 1A	2.659,82	810,94	228%
MICOFENOLATO MOFETILA 500MG Comprimido	CEAF 1A	4,45	1,25	257%
NATALIZUMABE 300MG	CEAF 1A	3.697,21	1.843,26	101%
NILOTINIBE 200MG Cápsula	ONCOLOGIA	96,17	26,56	262%
NUSINERSENA 2,4 MG/ML 5 ML ampola	CEAF 1A	248.870,15	159.831,01	56%
PERTUZUMABE 420 MG, 30MG/ML, 14 ML Frasco ampola	ONCOLOGIA	8.729,58	5.583,14	56%
SECUQUINUMABE 150 MG/ML Caneta	CEAF 1A	2.667,18	608,81	338%
TOCILIZUMABE 20MG/ML, INJETÁVEL 4ML Frasco ampola	CEAF 1A	440,43	164,75	167%
TOFACITINIBE, CITRATO 5 MG, Comprimido	CEAF 1A	57,08	13,55	321%
USTEQUINUMABE 45 MG/0,5 ML Seringa	CEAF 1A	9.996,79	3.949,95	153%
VEDOLIZUMABE 300MG, 5 ML Frasco ampola	CEAF 1A	11.330,60	3.250,35	249%

Além disso, cerca de 23% das ações contra o Estado de Santa Catarina têm a União como corré. Tais processos respondem por 46% do gasto financeiro com a judicialização catarinense e estão sendo, no momento, cumpridas somente pelo ente estadual.

Entretanto, a aquisição e fornecimento pelo ente estadual também implica prejuízo ao ente federal, porquanto este passa a ressarcir valores maiores do que aqueles pagos em suas compras administrativas.

Portanto, a proposta do financiamento e a compra dos produtos de maior custo (importados, oncológicos e grupo 1A do CEAF), vide Anexo III, diretamente pelo Ministério da Saúde, com o posterior envio à Secretaria Estadual de Saúde, representam a possibilidade de considerável economia de dinheiro público federal e estadual no âmbito da judicialização da saúde.



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

Alternativamente, mostra-se possível a realização de parcerias, mediante transferência de recursos para compra fundo a fundo, aperfeiçoamento do modelo previsto nas portarias conjuntas do TRF da 4ª Região, n. 13/2020 e 17/2021, dentre outras hipóteses.

2. Ressarcimento entre os entes:

A legislação financeira prevê a criação de mecanismos para controles de créditos e débitos dos entes. Em adição, a lei orgânica da saúde dispõe sobre o ressarcimento prestado a serviços prestados para outras esferas de governo.

No ponto, lembra-se que há alguns anos o Ministério da Saúde chegou a realizar ressarcimentos administrativos nos processos tramitados na Justiça Federal. No entanto, tal situação não mais prevalece.

De todo modo, faz-se premente a implantação conjunta de fluxos destinados à execução da legislação quanto ao tema, até mesmo com o fito de evitar disputas federativas na arena judicial.

3. Logística para entrega dos produtos:

Em Santa Catarina o ente estadual detém parcerias com a maior parte dos municípios no sentido de que a dispensação seja realizada nas unidades municipais de saúde. Além disso, a SES/SC também dispõe de 17 gerências estaduais de saúde, que também atuam na logística para o cumprimento de decisões judiciais de saúde.

Depois, o CEAF é uma estrutura do SUS destinada ao atendimento administrativo dos cidadãos.

Em nome da economia e eficiência da administração pública, faz-se necessária uma maior cooperação entre os entes no sentido de obter mecanismos de logística para o cumprimento de ordens judiciais.

Assim, afigura-se salutar o aproveitamento ou aperfeiçoamento das organizações já existentes, também com o envolvimento do Ministério da Saúde.

4. Sistema de informação sobre cumprimento de ordens judiciais:

A SES/SC desenvolveu o Conecta, um sistema tecnológico para cadastro/monitoramento e dispensação dos produtos fornecidos por ordem judicial. As secretarias municipais catarinenses também se valem do software, ao menos para acompanhamento dos itens fornecidos pelo ente estadual.

Mostra-se salutar, portanto, a adoção de um sistema em comum com o Ministério da Saúde ou o desenvolvimento de ferramentas de interoperabilidade, a fim de se permitir o cumprimento adequado das ordens judiciais pelos entes demandados e evitar o fornecimento em duplicidade.



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

ANEXO 2

DESAFIOS NO SUS QUE INTERFEREM NA JUDICIALIZAÇÃO DE SAÚDE

5. Análise e incorporação de tecnologias oncológicas

A abordagem da assistência oncológica se distingue da assistência farmacêutica no SUS. Com efeito, aquela se insere no bloco de média e alta complexidade no SUS, com financiamento por meio de APAC, além da participação dos CACONS e UNACONS quanto às formas de tratamento.

Cumprir questionar sobre a incorporação de medicamentos oncológicos no SUS, especialmente aqueles de custo incompatível com o valor da APAC. Explica-se.

A notícia da incorporação cria uma grande esperança de disponibilidade de novos tratamentos na rede pública de saúde. Todavia, na maior parte das vezes o fornecimento não acontece concretamente, o que resulta em perda de credibilidade quanto à decisão de absorção da tecnologia, e, ainda, na judicialização.

Para demonstrar o ponto, vale trazer uma lista com sobre a judicialização em oncologia enfrentada pelo Estado de Santa Catarina, no ano de 2021:

Tabela 3. Medicamentos oncológicos de maior demanda acumulada

Medicamento	Número de pacientes cadastrados	Programa	Valor distribuído em 2021
Nivolumab 10 mg/ml, solução para infusão, frasco 10 ml	130	Oncológicos e análogos (outros)	20.185.874,00
Nivolumabe 10mg/ml, sol. Infusão 4ml.	113	Oncológicos e análogos (outros)	3.395.268,54
Pembrolizumab 100mg, solução injetável, framp 4ml	112	Oncológicos e análogos (outros)	13.184.184,38
Ibrutinib 140mg	110	Oncológicos e análogos (outros)	30.350.259,00
Abiraterona, acetato 250mg	99	Oncológicos e análogos (outros)	1.347.900,31
Rituximab 500mg, 10mg/ml, frasco-ampola 50ml.	93	Oncológicos Incorporados (Centralizado)	1.786.373,00
Pertuzumabe 420mg (30mg/ml-ampola 14ml)	88	Oncológicos Incorporados (Centralizado)	4.467.628,60
Rituximab 100mg, 10mg/ml, frasco-ampola 10ml	80	Oncológicos Incorporados (Centralizado)	245.194,30
Brentximab vedotin 50mg	62	Oncológicos e análogos (outros)	5.838.662,93
Daratumumabe 400 mg - dalinvi	60	Oncológicos e análogos (outros)	4.015.693,20

Depreende-se da relação, que os medicamentos oncológicos incorporados corresponderam à maior parte dos processos judiciais. Tal fato certamente se repete em outros estados e também pode ser aferido nas demandas propostas apenas contra a União, mediante a contribuição da Advocacia-Geral da União (AGU).

A incorporação sem definição concreta da forma adequada de fornecimento, configura uma promessa que prejudica a confiança das pessoas e das instituições no SUS e fomenta a judicialização do tema, com severos prejuízos para os entes.



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

6. Processo de análise e incorporação de tecnologias

A legislação da saúde previu a necessidade de análise formal de novas tecnologias pelo SUS, sem contudo, estipular todo o procedimento daí decorrente.

Atualmente, sobrevém o exame do pedido pela CONITEC, seguido de decisão final do Ministério da Saúde, subsequente pactuação do custeio em CIT, dentre outros.

Ocorre que inexistente harmonia entre as fases de recomendação, aprovação, financiamento e efetiva dispensação. Tal aspecto resulta numa demora excessiva entre as etapas e cria uma expectativa frustrada para a população e do Sistema de Justiça quanto ao fornecimento da nova tecnologia no prazo legal de 180 dias.

Para ilustrar cita-se a incorporação de fórmulas infantis no ano de 2018 ou de aflibercepte em 2019, e a sua indisponibilidade no SUS até o início de 2022.

Na mesma toada, conforme dados extraídos da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, nos últimos 12 meses constam aproximadamente 695 processos judiciais novos relacionados aos medicamentos ranibizumabe e aflibercepte, vale dizer, pelo menos 11% das demandas judiciais novas.

Assim, sugere-se a reflexão sobre a possibilidade de modificação do procedimento atual, para que a decisão de incorporação somente seja realizada depois da pactuação em CIT; portanto, diante de uma perspectiva iminente do fornecimento da tecnologia.

7. CEAF: protocolos e seus limites

Em Santa Catarina se verifica uma expressiva judicialização acerca de medicamentos inseridos no CEAF, por pacientes com doença diversa ou ainda por indivíduos que não se enquadram nos PCDTs (rituximabe, pertuzumabe, adalimumabe, enoxaparina etc.).

Se é certo que os protocolos enunciam os limites da incorporação da tecnologia pelo SUS, também o é que a demanda judicial representa uma parcela de pacientes que busca o alcance do mesmo sistema.

Em hipóteses desse jaez, inexistente discricionariedade por parte das secretarias estaduais e municipais na tomada de decisão. Deve-se verificar o enquadramento do interessado no PCDT.

No ponto, cabe avaliar sobre eventual possibilidade de alguma medida extrajudicial destinada à resolução de tais casos no âmbito administrativo.

De outro ângulo, ainda que se entenda descabida eventual negociação, os processos judiciais representam um dado relevante sobre o assunto, que merecem o olhar da CONITEC e do Ministério da Saúde no momento da constituição e, especialmente, da alteração dos protocolos.



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

ANEXO III

PROPOSTA SES/SC DOS MEDICAMENTOS FORNECIDOS JUDICIALMENTE
PARA COMPRA CENTRALIZADA PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Descritivo	Pacientes ativos	Valor unitário médio SES/SC	Valor unitário médio MS	% valor unitário	valor total gasto pela SES/SC em 2021
NUSINERSENA 2,4 MG/ML SOLUÇÃO INJETÁVEL - 5 ML	12	R\$ 248.870,15	R\$ 159.831,01	64%	R\$ 6.719.494,07
VEDOLIZUMABE 300MG, PÓ LIOF. INJETÁVEL FRASCO 5 ML	39	R\$ 11.330,60	R\$ 3.250,35	29%	R\$ 2.447.408,72
USTEQUINUMABE 45 MG/0,5 ML SOLUÇÃO INJETÁVEL	55	R\$ 9.996,79	R\$ 3.949,95	40%	R\$ 1.779.429,20
PERTUZUMABE 420 MG, 30MG/ML, 14 ML	38	R\$ 8.729,58	R\$ 5.583,14	64%	R\$ 3.317.240,40
OCTREOTIDA LAR 30MG	9	R\$ 5.373,76	R\$ 3.660,38	68%	R\$ 386.910,72
OCTREOTIDA LAR 20MG	5	R\$ 4.020,61	R\$ 2.709,33	67%	R\$ 225.153,88
NATALIZUMABE 300MG SIA/SUS 06.04.32.011-6	5	R\$ 3.697,21	R\$ 1.843,26	50%	R\$ 181.163,29
RITUXIMAB 500MG, 10MG/ML, FRASCO-AMPOLA 50ML.	189	R\$ 3.188,83	R\$ 1.607,74	50%	R\$ 1.524.259,66
SECUQUINUMABE 150 MG/ML	30	R\$ 2.667,18	R\$ 608,81	23%	R\$ 1.466.951,50
INFLIXIMAB 10 MG/ML, AMPOLA 10 ML	111	R\$ 2.659,82	R\$ 810,94	30%	R\$ 5.319.648,60
ADALIMUMABE 40MG -	169	R\$ 2.649,25	R\$ 214,91	8%	R\$ 8.901.472,40
LANREOTIDA 120MG, INJETÁVEL	8	R\$ 2.067,57	R\$ 1.978,94	96%	R\$ 76.500,18
ALFAPEGINTERFERONA 2A 180 MCG,SERINGA PREENCHIDA 0,5ML	1	R\$ 1.371,38	R\$ 271,85	20%	R\$ 32.913,12
ETANERCEPTE 50 MG INJETAVEL	47	R\$ 1.232,30	R\$ 280,51	23%	R\$ 1.577.344,00



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

IMUNOGLOBULINA HUMANA IV5,0A6,0G SOL.INJ,FRASCO-AMPOLA	42	R\$ 1.058,71	R\$ 852,78	81%	R\$ 1.360.442,35
BETAINTERFERON A 1A 6.000.000 UI (30 MCG) INJETÁVEL	2	R\$ 957,55	R\$ 329,38	34%	R\$ 22.981,20
TOXINA BOTULINICA TIPO A 100 U COM GELATINA (DET)	5	R\$ 939,86	R\$ 222,88	24%	R\$ 34.774,91
ETANERCEPTE 25MG	2	R\$ 637,84	R\$ 139,17	22%	R\$ 89.297,60
TAFA MIDIS 20 MG	3	R\$ 619,90	R\$ 526,70	85%	R\$ 353.343,00
RITUXIMAB 100MG, 10MG/ML, FRASCO-AMPOLA 10ML	38	R\$ 519,05	R\$ 320,07	62%	R\$ 202.429,10
TOCILIZUMABE 20MG/ML, INJETÁVEL, FRASCO-AMPOLA 4ML	7	R\$ 440,43	R\$ 164,75	37%	R\$ 194.671,86
DASATINIBE 100 MG	11	R\$ 274,35	R\$ 69,47	25%	R\$ 197.532,00
NILOTINIB 200MG	15	R\$ 96,17	R\$ 26,56	28%	R\$ 721.689,92
FINGOLIMODE 0,5 MG	19	R\$ 90,62	R\$ 28,90	32%	R\$ 350.169,40
DESMOPRESSINA, ACETATO 0,1MG/ML SPRAY NASAL, FR. 2,5 ML	1	R\$ 84,84	R\$ 41,00	48%	R\$ 29.438,93
SOMATOTROFINA HUMANA RECOMBINANTE 12UI.	53	R\$ 81,19	R\$ 60,67	75%	R\$ 395.905,40
FUMARATO DE DIMETILA 240MG	7	R\$ 77,93	R\$ 14,19	18%	R\$ 257.471,76
ALFAEPOETINA 10.000 UI, SOLUÇÃO INJETÁVEL, FRASCO/AMPOLA 1ML	4	R\$ 76,00	R\$ 14,77	19%	R\$ 4.864,00
DASATINIBE 20 MG	2	R\$ 69,07	R\$ 13,89	20%	R\$ 16.576,80
TOFACITINIBE, CITRATO 5 MG, COMPRIMIDO REVESTIDO	7	R\$ 57,08	R\$ 13,55	24%	R\$ 136.992,00
SIROLIMO 2 MG	3	R\$ 43,40	R\$ 14,09	32%	R\$ 35.154,00



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

PARICALCITOL 5MCG/ML	2	R\$ 38,33	R\$ 16,55	43%	R\$ 7.856,75
TOBRAMICINA 300 MG - SOLUCAO INALATORIA	5	R\$ 38,30	R\$ 22,62	59%	R\$ 42.896,00
DEFERASIROX 500MG	3	R\$ 34,50	R\$ 7,61	22%	R\$ 17.387,95
IMATINIBE, MESILATO 400MG	6	R\$ 31,99	R\$ 8,33	26%	R\$ 30.705,60
EVEROLIMO 1 MG	0	R\$ 27,96	R\$ 11,63	42%	R\$ 20.131,20
SIROLIMO 1 MG (POR DRAGEA)(DET)	10	R\$ 22,01	R\$ 7,01	32%	R\$ 100.344,00
BIMATOPROSTA 0,3MG/ML, SOLUÇÃO OFTALMICA,FRAS CO 3ML	28	R\$ 21,75	R\$ 12,42	57%	R\$ 5.589,75
EVEROLIMO 0,75 MG, COMPRIMIDO	0	R\$ 20,10	R\$ 3,86	19%	R\$ 7.236,00
SOMATOTROFINA HUMANA RECOMBINANTE 4UI,SOL.INJET.,FR/ AMP 1ML	9	R\$ 20,00	R\$ 20,29	101%	R\$ 28.000,00
ALFAEPOETINA 4.000 UI, SOLUÇÃO INJETÁVEL, FRASCO/AMPOLA 1 ML	13	R\$ 19,76	R\$ 8,19	41%	R\$ 22.921,60
TACROLIMUS 5 MG	0	R\$ 17,42	R\$ 8,69	50%	R\$ 2.613,00
METOTREXATO 50 MG, 25 MG/ML, SOLUÇÃO INJETÁVEL	6	R\$ 16,51	R\$ 10,00	61%	R\$ 660,40
ENOXAPARINA 40 MG, SOL.INJETÁVEL, SERINGA PREENCHIDA	52	R\$ 15,71	R\$ 24,98	159%	R\$ 148.879,80
EVEROLIMO 0,5 MG	4	R\$ 14,17	R\$ 2,93	21%	R\$ 61.214,40
TRAVOPROSTA 0,004%,SOLUÇÃO OFTALMICA,FRAS CO 2,5ML	36	R\$ 14,10	R\$ 8,85	63%	R\$ 4.046,70
LATANOPROSTA,5 0 MCG/ML,SOLUÇÃ O OFTALMICA,FRAS CO 2,5ML	30	R\$ 12,24	R\$ 10,30	84%	R\$ 2.080,80



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

RIVASTIGMINA 18 MG, ADESIVO TRANSDÉRMICO	9	R\$ 10,68	R\$ 4,12	39%	R\$ 31.408,20
IMATINIBE, MESILATO 100MG, COMPRIMIDO REVESTIDO	2	R\$ 9,39	R\$ 3,83	41%	R\$ 5.068,80
RIVASTIGMINA 9 MG, ADESIVO TRANSDÉRMICO	3	R\$ 9,15	R\$ 4,25	46%	R\$ 7.411,37
ZIPRASIDONA 80 MG	5	R\$ 8,30	R\$ 3,60	43%	R\$ 4.980,00
MICOFENOLATO SODICO 360MG	31	R\$ 6,43	R\$ 2,41	37%	R\$ 121.612,22
TACROLIMUS 1 MG	22	R\$ 5,78	R\$ 0,91	16%	R\$ 208.240,00
SILDENAFILA 20 MG	5	R\$ 5,75	R\$ 3,29	57%	R\$ 9.315,00
SILDENAFIL 25MG	16	R\$ 5,70	R\$ 1,40	25%	R\$ 67.374,00
MICOFENOLATO SODICO 180MG	9	R\$ 5,60	R\$ 1,42	25%	R\$ 33.600,00
LEFLUNOMIDE 20MG	9	R\$ 5,54	R\$ 3,28	59%	R\$ 10.133,93
CABERGOLINA 0,5MG, COMPRIMIDO	19	R\$ 5,45	R\$ 1,69	31%	R\$ 12.868,48
LEVETIRACETAM 750 MG	41	R\$ 4,77	R\$ 4,30	90%	R\$ 105.750,90
GALANTAMINA 24 MG	2	R\$ 4,76	R\$ 3,80	80%	R\$ 856,80
ZIPRASIDONA 40 MG	3	R\$ 4,74	R\$ 2,48	52%	R\$ 3.555,00
MICOFENOLATO, MOFETIL - 500MG CAPSULA	398	R\$ 4,45	R\$ 1,25	28%	R\$ 1.470.725,00
RILUZOL 50MG - COMPRIMIDO	2	R\$ 4,14	R\$ 2,85	69%	R\$ 3.709,44
DESMOPRESSINA 0,1 MG	1	R\$ 4,11	R\$ 0,99	24%	R\$ 1.725,96
RASAGILINA 1 MG	1	R\$ 3,91	R\$ 3,58	92%	R\$ 938,88
CINACALCETE, CLORIDRATO 30MG	12	R\$ 3,78	R\$ 0,90	24%	R\$ 29.257,20
RIVASTIGMINA 4,5 MG	1	R\$ 3,53	R\$ 1,78	50%	R\$ 423,60
GALANTAMINA 8 MG	0	R\$ 3,09	R\$ 3,74	121%	R\$ 925,77
RIVASTIGMINA 3,0 MG	2	R\$ 2,98	R\$ 1,80	60%	R\$ 5.003,04
GALANTAMINA 16 MG	3	R\$ 2,74	R\$ 3,84	140%	R\$ 1.315,20
RIVASTIGMINA 1,5 MG	2	R\$ 2,60	R\$ 1,10	42%	R\$ 936,00



ESTADO DE SANTA CATARINA
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
GABINETE DO SECRETÁRIO
CONSULTORIA JURÍDICA



ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE AÇÕES REPETITIVAS EM ASSISTÊNCIA À SAÚDE
NARAS

PRAMIPEXOL 1 MG	12	R\$ 2,40	R\$ 1,65	69%	R\$ 13.824,00
OLANZAPINA 10 MG COMPRIMIDO	54	R\$ 2,26	R\$ 1,99	88%	R\$ 36.128,40
CLOZAPINA 100 MG	16	R\$ 2,01	R\$ 1,12	56%	R\$ 25.362,00
QUETIAPINA 200 MG COMPRIMIDO	62	R\$ 0,81	R\$ 2,01	250%	R\$ 28.067,94
PRAMIPEXOL 0,25 MG	8	R\$ 0,76	R\$ 0,48	63%	R\$ 1.135,50
METOTREXATO 2,5 MG	11	R\$ 0,71	R\$ 0,58	82%	R\$ 1.444,09
QUETIAPINA 100 MG COMPRIMIDO	155	R\$ 0,53	R\$ 1,07	202%	R\$ 22.848,30
PRAMIPEXOL 0,125 MG	4	R\$ 0,49	R\$ 0,17	35%	R\$ 444,69
SILDENAFIL 50MG	9	R\$ 0,43	R\$ 1,29	303%	R\$ 3.246,54
OLANZAPINA 5 MG COMPRIMIDO	41	R\$ 0,37	R\$ 0,91	246%	R\$ 3.976,20
MEMANTINA, CLORIDRATO 10 MG	59	R\$ 0,30	R\$ 0,13	44%	R\$ 6.523,20
DONEPEZIL, CLORIDRATO 10 MG	18	R\$ 0,27	R\$ 0,21	77%	R\$ 1.247,76
QUETIAPINA 25 MG COMPRIMIDO	98	R\$ 0,20	R\$ 0,45	221%	R\$ 7.061,40
DONEPEZIL, CLORIDRATO 5 MG	8	R\$ 0,14	R\$ 0,13	94%	R\$ 306,60



Assinaturas do documento



Código para verificação: **0JQT2H02**

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:

- ✓ **FELIPE BARRETO DE MELO** (CPF: 000.XXX.275-XX) em 27/04/2022 às 15:49:51
Emitido por: "SGP-e", emitido em 04/02/2019 - 16:39:40 e válido até 04/02/2119 - 16:39:40.
(Assinatura do sistema)

- ✓ **THIAGO AGUIAR DE CARVALHO** (CPF: 843.XXX.903-XX) em 27/04/2022 às 16:03:10
Emitido por: "SGP-e", emitido em 20/03/2019 - 18:12:25 e válido até 20/03/2119 - 18:12:25.
(Assinatura do sistema)

Para verificar a autenticidade desta cópia, acesse o link <https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo/conferencia-documento/UEdFXzY2MDRfMDAwMDI4MDhfMjgXM18yMDlyXzBKUVQySDAy> ou o site <https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo> e informe o processo **PGE 00002808/2022** e o código **0JQT2H02** ou aponte a câmera para o QR Code presente nesta página para realizar a conferência.

A GOVERNANÇA GLOBAL COMO POSSIBILIDADE INICIAL PARA SUPERAÇÃO DAS CRISES ADVINDAS DA GLOBALIZAÇÃO

Elizabeth Andrade dos Santos¹
Rafael Padilha dos Santos⁴

RESUMO

O presente artigo propõe analisar as principais características do Estado Social e do Estado Neoliberal, bem como os efeitos da globalização nas crises do Estado-nação, para apresentar a governança como uma possibilidade inicial de superá-las. Após breve caracterização do Estado Social e do Estado Neoliberal, analisa-se a maneira como a globalização gerou crises, para enfim apresentar a governança como uma maneira inicial de superação destas. A globalização não pode ser lida exclusivamente sob a ótica do acúmulo de capital, acarretando o aumento da desigualdade social; ela deve ser manejada com o objetivo de alcançar o desenvolvimento humano. Sem pretender esgotar o tema, as abordagens referidas confirmam a hipótese de que há necessidade de readequação da globalização para que se alcance o objeto maior, que é o desenvolvimento humano e o bem-estar social, e um meio inicial para isso é a governança global. A investigação foi orientada pelo método indutivo. No tratamento dos dados, empregou-se o método cartesiano. As técnicas de pesquisa foram as do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Palavras-chave: Estado Neoliberal; Estado Social; Globalização; Governança.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo desenvolveu-se a pesquisa a partir da premissa de que a governança é uma possibilidade inicial de superação das crises acarretadas a partir da globalização econômica.

Parte-se da análise das principais características do Estado social e do Estado neoliberal, bem como os efeitos da globalização nas crises do Estado-nação, para apresentar a governança como uma possibilidade inicial de superação das crises. O objetivo é demonstrar a necessidade de um remanejamento da globalização para que seja alcançado um desenvolvimento humano, com vista ao bem-estar social da coletividade a partir da governança.

Ao longo do estudo, busca-se resolver o seguinte problema de pesquisa: a governança é uma possibilidade inicial para superação das crises acarretadas pela globalização? A hipótese adotada em relação a este problema é que seria necessária uma evolução da globalização para que seja alcançado um desenvolvimento humano, com vista ao bem-estar social da coletividade, a partir da governança.

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público e Privado. Procuradora do Estado de Santa Catarina. E-mail: elizabete@pge.sc.gov.br.

² Doutor em dupla titulação pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil) e pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da UNIVALI, e advogado. É coordenador do curso de Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais. E-mail: padilha@univali.br.

A liberdade econômica, a globalização e a minimização da atuação do Estado não foram suficientes para sustentar as necessidades do homem e diminuir as desigualdades sociais. O fato é que a globalização é uma realidade inevitável, porém, atualmente tem causado desigualdades, seletividade e marginalização.

Desta forma, há necessidade de readequação da globalização para que se alcance o efetivo desenvolvimento humano. Contudo, a globalização não pode ser analisada somente pelo viés econômico, vez que a economia não é um fim em si mesmo, mas um meio de proporcionar o desenvolvimento humano.

O objetivo deste artigo é apresentar a governança como um instrumento inicial para superação das crises do Estado-nação ocasionadas pela globalização, considerando o risco da ascendência econômica sobre a política, que faz o interesse privado se sobrepor ao interesse público, acarretando em uma economia desregrada.

Com a finalidade de atingir o objetivo proposto, estruturou-se o presente trabalho em três itens. O primeiro item aborda o Estado social, o segundo o Estado neoliberal e a globalização e o terceiro aborda a readequação da globalização a partir da governança.

O método utilizado na investigação foi o indutivo, na fase de tratamento dos dados, o cartesiano, e o relato deste produto acadêmico seguiu o método indutivo. As técnicas de pesquisa utilizadas foram as do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

2 O ESTADO SOCIAL

A partir do início do século XX, a atuação estatal não está mais limitada à regulação ou normatização do mercado econômico, mas a uma participação efetiva e positiva. Os indivíduos deixam de ser vistos isoladamente, mas agora como parte de uma coletividade. É a transformação do Estado liberal para o *Welfare State* – Estado de Bem-Estar Social (STRECK; MORAIS, 2014). Importantes referências para o Estado social foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que incorporaram direitos sociais.

Streck e Morais (2014) elencam como causas da mudança do Estado liberal para o Estado social: a Revolução Industrial; a Primeira Guerra Mundial; a crise econômica de 1929; a Segunda Guerra Mundial e o crescimento de movimentos sociais. Com o término da Segunda Guerra Mundial, não havia como continuar com o Estado mínimo, vez que era imperioso reconstruir cidades; restaurar meios de produção; impulsionar o desenvolvimento tecnológico; dentre outros; e esta tarefa caberia ao Estado.

Em razão da crise econômica de 1929, o presidente americano, Franklin Delano Roosevelt (eleito em 1932), inicia um novo modelo de programa de governo para a condução do Estado, *New Deal*, baseado nos ideais do economista John Maynard Keynes, defendendo a intervenção do Estado na organização econômica (HARVEY, 2014).

Keynes propôs uma teoria econômica baseada no desenvolvimento como meio de sustentação de políticas públicas redistributivas; o Estado passa a exercer um papel

ativo e decisivo na reativação da economia. Sintetizando o pensamento liberal de Keynes, Cruz e Staffen (2020, p. 142) afirmam que “o problema político da humanidade consiste em mudar três ingredientes: Eficácia Econômica, Justiça Social e Liberdade Individual.”

Entretanto, Bonavides (2007) enfatiza que no Estado liberal, o domínio da burguesia era completo; na proporção em que o Estado inicia o desprendimento do controle da burguesia, o Estado liberal enfraquece, busca-se a superação das contradições entre a desigualdade social e a igualdade política, e assim nasce o Estado social. A esse respeito, Dallari (2016, p. 276) acrescenta que “o Estado, antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado, tendo cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista [...]”

Bonavides (2007, p. 186) apresenta algumas características do Estado social:

[...] os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, contra as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

O Estado Social abarca um caráter finalístico na atuação estatal, a função social, para promover ações positivas, com características interventiva e promocional, assumindo um papel protagonista no desenvolvimento econômico-social (MORAIS, 2005). O Welfare State “adjudica a ideia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea” (MORAIS, 2005, p. 14). O objetivo maior do Estado social foi a compatibilização do capitalismo e o alcance do bem-estar social do *Welfare State* (SILVA, 2007).

A respeito da aplicação da função social do Estado nos institutos da liberdade e propriedade privada, Streck e Moraes (2014, p. 75) afirmam que:

Da propriedade privada dos meios de produção passou a vigor a função social da propriedade, e da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. Contudo, o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em Intervencionista, qual seja: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, gerando mais-valia, de apropriação privada pelos detentores do capital.

A função social está relacionada a ações que o Estado deve executar para valorização e envolvimento dos seus indivíduos, sempre com preponderância do social e da valorização do ser humano (PASOLD, 1984). Deve haver inclusão do povo nos fins do Estado, “os interesses da totalidade do povo deverão ser considerados na fixação dos objetivos do Estado [...] ao atendimento de necessidades fundamentais

quanto no que se refere ao bem-estar e ao aprimoramento cultural dos indivíduos” (DALLARI, 1980, p. 164).

Bauman (2011, p. 144) afirma que “um Estado é ‘social’ quando promove o princípio do seguro *comunalmente endossado*, coletivo, contra o infortúnio individual e suas consequências”. Esse princípio traz a noção de sociedade como uma comunidade efetiva, trocando o egoísmo pela solidariedade, inspirando confiança e igualdade; acende as pessoas ao status de cidadãos – tornam-se partes interessadas e também agentes, tutores e tutelados do sistema de benefícios sociais. É um complemento vital para a liberdade individual e condição indispensável para a democracia; é um estímulo para o engajamento e participação política (BAUMAN, 2011).

Sem direitos sociais, muitas pessoas seriam os direitos políticos inúteis, sem importância e irrelevantes. Porém, há uma estreita relação de interdependência entre os direitos sociais e os direitos políticos, um necessita do outro para sobreviver e prosperar (BAUMAN, 2011).

No final de 1960, o Estado social passou por dificuldades, resultantes principalmente da crise econômica mundial: os gastos sociais aumentaram e a arrecadação fiscal diminuiu, gerando inflação, recessão e desemprego (HARVEY, 2014). Com isso, problemas estruturais do Estado social surgiram, os riscos sociais aumentaram com o desemprego de duração mais longa e a implementação de políticas públicas que minimizassem as desigualdades. A insatisfação aumentou e o Estado já não conseguia responder às demandas sociais crescentes.

3 O ESTADO NEOLIBERAL E A GLOBALIZAÇÃO

Com a crise econômica mundial acentuada, houve a diminuição de arrecadação e o aumento das novas demandas sociais, dando ensejo ao retorno da ideia de minimização do Estado.

De acordo com Marciano Buffon (2005), a concepção de falência da estrutura do Estado social foi baseada em três argumentos: a) desequilíbrio orçamentário, consequente do aumento de gastos sociais, produzindo déficit público, inflação e desemprego; b) a ampliação de programas sociais, significando intervenção e regulação estatal na vida social, pendendo a um totalitarismo e autoritarismo, vez que a intervenção não seria democrática; e c) os programas sociais incentivariam a ociosidade do cidadão, reduzindo como consequência a competitividade da mão de obra. Em decorrência destes argumentos, passou-se a sustentar: a redução da estrutura estatal, com privatizações; a redução da carga tributária; o enfraquecimento sindical; a automação do trabalho; a redução dos salários; e a redução de direitos sociais.

A lógica para sustentar tais argumentos foi que o crescimento econômico reduziria a desigualdade social e a pobreza, uma vez que geraria abundância e, consequentemente, mais empregos. Entretanto, em razão da inexistência de igualdade de condições entre os membros da sociedade, essa lógica foi facilmente contraditada por Dworkin (2001, p. 312):

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, por mais generalizada que ela venha a ser.

Na década de 70, a teoria neoliberal começa a ganhar mais influência, quando o economista Milton Friedman e o filósofo Friedrich von Hayek ganham o prêmio Nobel de economia e suas proposições passam a ter influência no campo político. Em 1979, Margaret Thatcher foi eleita na Grã-Bretanha, com a promessa de reforma da economia, abandonando os ideais do Estado social e assumindo medidas neoliberais que consistiam em limitação dos sindicatos, privatizações, redução de impostos e reversão dos compromissos com o bem-estar social (HARVEY, 2014).

A declaração de Thatcher quanto às mudanças necessárias demonstrou que o individualismo liberal voltaria a imperar. Eis a declaração: “a sociedade não existe, apenas homens e mulheres individuais e suas famílias” (HARVEY, 2014, p. 32). Era o retorno ao Estado mínimo e do livre jogo do mercado.

Nos Estados Unidos da América, em 1981, é eleito Ronald Reagan também com ideais neoliberais, caracterizados pela desregulação, redução de impostos e cortes orçamentários.

Mas, para o êxito da expansão do neoliberalismo, foi necessário construir o consentimento político para que o apoio popular se refletisse nas eleições de Reagan e Thatcher. Para isso foi difundida a liberdade num senso comum na sociedade, em entidades como universidades, associações profissionais e igrejas, vez que “um esforço programático de defesa da causa das liberdades individuais poderia constituir um apelo a uma base popular, disfarçando assim o trabalho de restauração do poder de classe” (HARVEY, 2014, p. 50). O neoliberalismo pode ser conceituado como:

[...] uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser mais bem promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livre mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas; o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e a integridade do dinheiro (HARVEY, 2014, p. 12).

No Estado neoliberal preza-se pela garantia da liberdade individual, entretanto o indivíduo é visto como o responsável pelas suas ações e seu bem-estar. Portanto, o fracasso ou o sucesso individual é uma falha pessoal, sob a alegação de que não caberia ao Estado prestar a devida atenção para que habilidades fossem desenvolvidas. Como consequência, só restaria o aumento das desigualdades sociais, pois inexistente

competição entre um indivíduo que recebeu educação adequada e aquele que foi tolhido de tais possibilidades.

Em relação à mobilidade de capital entre os países, Harvey (2014) explica que ela é crucial e que impedimentos a esse livre movimento devem ser removidos e até mesmo a soberania do Estado em relação à mobilidade deve ser de acordo com o mercado globalizado. Segundo ele, “os Estados neoliberais tipicamente favorecem a integridade do sistema financeiro e a solvência das instituições financeiras e não o bem-estar da população ou a qualidade ambiental” (HARVEY, 2014, p. 81).

Segundo Bauman (2001), a desintegração social é condição, mas também resultado dos poderes globais que buscam dismantelar as redes de proteção social em benefício da sua crescente fluidez, uma vez que esta é sua principal garantia de invencibilidade.

Os modelos inglês e norte-americano de neoliberalismo foram colocados como uma saída para os problemas globais; nesse sentido a criação da OMC (Organização Mundial do Comércio) foi decisiva para o estabelecimento de normas e padronizações neoliberais para a economia globalizada, cuja meta era a abertura do comércio mundial (HARVEY, 2014).

Na visão de Moreira (2002, p. 93), a globalização gerou meios adequados para que “o neoliberalismo lançasse seus tentáculos sobre o mundo inteiro, modificando, de forma radical, os supostos da própria convivência mundial.”

Com a expansão tecnológica, principalmente no campo das comunicações, as relações, principalmente, as comerciais ganham contornos globais, sem limites territoriais.

Pode-se afirmar que o vocábulo globalização, como explicita Demarchi (2019), começou a ser utilizado em 1980 para designar a integração da economia, o intercâmbio cultural e a interdependência entre os países. A globalização caracteriza-se por:

[...] um conjunto de mudanças no processo de produção de riquezas, nas relações de trabalho, na atuação do Estado, nas relações socioculturais manifestando em: comunicação instantânea com velocidade no processamento das informações; comércio global com diversidade de produtos fazendo com que as fronteiras comerciais deixem de existir; estímulo à privatização de empresas; facilitação do fluxo de produtos, serviços e investimentos; criação de um mercado cada vez mais competitivo; mobilidade do capital, da produção e das pessoas (DEMARCHI, 2019, p. 32).

Desta forma, a globalização é complexa e atua em todas as estruturas da sociedade, seja nas esferas cultural, política ou econômica. Contudo, a globalização econômica tem maior visibilidade, porque, atualmente, os aspectos político e cultural servem ao econômico, no sentido de que o objetivo final do processo de globalização é a mundialização do capital.

A abertura das fronteiras para o comércio global é a forma mais comum da globalização econômica, onde o fornecedor assim como o consumidor podem estar em qualquer local do mundo. As transformações também ocorreram quanto ao mercado de trabalho, há a necessidade de maior especialização frente às novas tecnologias,

consequentemente aumentou a taxa de desemprego de trabalhadores “menos qualificados”. O relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) 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 (OIT, 2007, p. 21).

A redistribuição geoespacial da produção, consistente na “transferência de mão de obra” para locais com trabalhadores em abundância, também foi um fator de aumento de desemprego; cite-se, como exemplo, muitas empresas multinacionais americanas que possuem fábricas nos países asiáticos, pois o salário é mais baixo, aumentando a sua lucratividade.

A respeito das corporações multinacionais, Ianni (1997, p. 20) enfatiza que “são estruturas de poder econômico-político, com implicações sociais e culturais muitas vezes de grande influência e abrangência [...] Sendo assim, se desloca radicalmente o lugar da política.”

Organismos internacionais, tais como a OMC (Organização Mundial do Comércio), também influenciam diretamente nas decisões e até mesmo na legislação dos Estados. Outro exemplo de interferência é o Fundo Monetário Internacional (FMI), que foi criado com o objetivo garantir estabilidade financeira mundial, mas condiciona os empréstimos à adoção de políticas de austeridade por parte do país contratante, tais como controle orçamentário, redução de investimentos sociais, privatizações, entre outros.

Portanto, a globalização afetou a organização política do Estado, vez que as decisões políticas também são tomadas com base na globalização, ou seja, o Estado deve ajustar-se ao global, mesmo que isso possa afetar seus cidadãos ou o mercado interno. Além disso, o Estado não tem mecanismos para o controle de fluxo de capital ou de informações, vez que estes não possuem fronteiras materiais.

A crise econômica é gerada pela desregulação financeira, que por sua vez é o principal motivo da crise da democracia: a submissão da política à economia. O desmantelamento do Estado social acarretou a diminuição de serviços sociais, o crescimento da pobreza, a insegurança do trabalho, o aumento do desemprego, a redução de salários, e tudo isso afeta a dimensão substancial da democracia (FERRAJOLI, 2015).

Os Estados não controlam os mercados financeiros e econômicos, com a imposição de limites e regras. Agora os mercados financeiros comandam e governam os Estados. Segundo Ferrajoli (2015), essa inversão ocorreu pelas seguintes razões: assimetria entre o aspecto local dos poderes estatais e o aspecto global dos poderes econômicos e financeiros; caráter cultural, numa concepção de que os poderes econômicos são liberdades fundamentais e as leis de mercado são vistas como leis naturais; crescente confusão entre poderes políticos e econômicos (exemplo: ação

de lobistas); inversão do modelo dirigente de economia em razão do direito pelos tratados europeus para um modelo em razão da ordem da economia.

A respeito da organização política do Estado frente à globalização, Demarchi (2019, p. 36) esclarece que não é possível afirmar qual seria a forma mais adequada, uma vez que a forma Estado-Nação não atende aos interesses da globalização - “o Estado-Nação está em crise.”

Neste sentido, Bauman (1999, p. 71-72) relata que “os três pés do ‘tripé da soberania’ foram quebrados [...]. A autossuficiência militar, econômica e cultural do Estado [...] tiveram que buscar alianças e entregar voluntariamente pedaços cada vez maiores de sua soberania.” É o político servindo ao movimento do livre capital e do livre mercado. Assim, em tese, não caberia ao Estado interferir na esfera econômica, sob o argumento de que “qualquer tentativa nesse sentido enfrentaria imediata e furiosa punição dos mercados mundiais” (BAUMAN, 1999, p. 74).

A esse respeito, Cruz (2014) enfatiza que a globalização evidenciou a insuficiência do Estado, em virtude da multinacionalização econômica, amparada no neoliberalismo, com o gradual desgaste da soberania, encolhimento da atuação pública em benefício do mercado. Ainda acrescenta que “a globalização rompeu a unidade do Estado Constitucional Moderno, estabelecendo novas relações de poder e competitividade, com conflitos internos e transnacionais” (CRUZ, 2014, p. 116).

Quanto mais flexibilidade, desregulamentação, liberalização, simplificação das transações financeiras/comerciais e diminuição da carga tributária, menor será o poder político do Estado e, conseqüentemente, terá menor liberdade de promover ações efetivas nas questões sociais - “a fragmentação política e a globalização econômica são aliados íntimos e conspiradores afinados” (BAUMAN, 1999, p. 75-76).

Tais fatores, segundo Ferrajoli (2015), resultam em cinco emergências planetárias: crise democrática, crise social e humanitária, crise ambiental, crise nuclear e crise de criminalidade. A primeira decorre do entrelaçamento entre a crise política e a econômica, na subalternidade da política à economia, acarretando a descrença e repulsa da democracia representativa. A segunda se origina principalmente dos desequilíbrios econômicos, gerando fome, doenças, falta de saneamento básico, falta de educação condizente. A terceira decorre da desregulação do capitalismo insustentável acarretando grandes danos ao meio ambiente. A quarta está relacionada com o crescente arsenal de armas nucleares em vários países. A quinta se traduz no caráter transnacional da criminalidade organizada, se estendendo aos poderes políticos e econômicos, por meio da corrupção.

Entretanto, é possível considerar que é a crise econômica a causadora das crises política, social e ambiental, cujos principais efeitos são a violação de direitos humanos fundamentais e o aumento das desigualdades (FERRAJOLI, 2015).

4 READEQUAÇÃO DA GLOBALIZAÇÃO A PARTIR DA GOVERNANÇA GLOBAL

O cenário descrito impõe refletir a atuação estatal e também de toda a sociedade face ao processo de globalização, com a finalidade de alcançar o objetivo maior de se viver em sociedade, o bem-estar coletivo.

O objetivo não é se opor à globalização, mas demonstrar a necessidade de readequação, pois a oposição a este processo “é tão irracional como ser contra a comunicação, ou seja, ser genericamente contra os mercados é tão estapafúrdio como ser contra a conversa entre as pessoas” (BUFFON, 2005, p. 93).

O relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) apresentou os efeitos positivos da globalização, quando bem administrada e distribuída:

[...] são muitos os potenciais benefícios da globalização, em termos de crescente conectividade, intercâmbio, troca e capacidade de produção. A intensificação da capacidade produtiva da economia de mercado global, se sabiamente administrada e distribuída, pode gerar um grande progresso material e bem-estar para mais pessoas. As crescentes ligações entre as pessoas ajudaram a construir solidariedades e compromissos para partilhar valores universais (OIT, 2007, p. 9-10).

É necessário torná-la inclusiva, justa e abrangente. Não se pode negar que a necessidade de mudanças é premente, porque a crise é multifacetária e complexa, alcança um grande número de pessoas e atinge “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” (CRUZ, 2014, p. 138-129).

Mas, inadmissível que o Estado, aliado das grandes corporações multinacionais, deixe à margem uma grande parte da população carente de direitos, simplesmente porque não contribui na acumulação de lucros, “o único valor entendido atualmente pelo capitalismo globalizado” (CRUZ, 2014, p. 121).

O desenvolvimento precisa estar em sintonia com a dignidade da pessoa humana, ou seja, é incompatível com o “capitalismo predatório representado pela economia de mercado liberada que pressupõe cultura de massa, consumismo incontrolado e impossibilidade de autonomia individual, alavancando um processo de desumanização” (SANTOS; STAFFEN, 2016, p. 24).

As despesas sociais são requisito essencial para o desenvolvimento produtivo, reduzem a desigualdade econômica e a desigualdade de oportunidades; são um fator essencial para a democracia, pois são condição para o efeito exercício de todos demais direitos, bem como o aumento da igualdade social e econômica equivale ao aumento da coesão social. Desta forma, “o desmantelamento do Estado social e das suas garantias destrói o pressuposto político e social da democracia” (FERRAJOLI, 2015, p. 167).

Para se bem conduzir o desenvolvimento, é necessário atuar com equilíbrio e moderação; globalizar e desglobalizar; crescer e decrescer; desenvolver e involuir; conservar e transformar (SANTOS; STAFFEN, 2016).

A dúvida é como o Estado procederá, uma vez que houve grande diminuição de seu poder de atuação frente à globalização, para conseguir conciliar uma atuação efetiva em prol do desenvolvimento humano frente a todas as externalidades negativas da globalização, pois houve efetivo agravamento da desigualdade social e econômica.

Os benefícios do desenvolvimento humano auxiliam diretamente na expansão econômica, pois o aumento na qualidade de vida influencia diretamente a qualidade do trabalho realizado. Neste sentido, esclarece-se que:

A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para qualidade de vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis da duração e qualidade de vida de toda a população. A natureza altamente trabalho-intensiva dos serviços de saúde e educação básica - e do desenvolvimento humano em geral - faz com que eles sejam comparativamente baratos nos estágios iniciais do desenvolvimento econômico, quando os custos da mão de obra são baixos (SEN, 2000, p. 170-171).

De acordo com Bauman, o Estado-nação deve assumir o papel de protagonista no direcionamento da sociedade, mediante a promoção do “princípio do seguro coletivo, endossado de modo comunitário, contra o infortúnio individual e suas consequências”, pois sem essa segurança é pouco provável que haverá engajamento político e participação no ritual democrático, pois “a salvação não virá de uma Estado político que não seja, e se recuse a ser um Estado social” (BAUMAN, 2008, p. 178-179).

A ausência do político está permitindo que as grandes corporações multinacionais levem a cabo, na prática, uma autêntica tomada do poder, um verdadeiro controle à margem da política [...] Essa atividade ‘parapolítica’, gerada a partir dos centros financeiros, está permitindo que as corporações transnacionais ocupem, de forma imperceptível, sem revolução, sem mudanças na lei nem nas constituições, por meio do simples desenvolvimento da vida cotidiana, os centros materiais vitais da Sociedade (CRUZ, 2014, p. 131).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) publicou, em 2005, um relatório a respeito da globalização no qual assinala algumas sugestões para uma globalização integrativa e justa, enfatizando que a perspectiva da globalização deve centralizar uma atenção maior com as pessoas. As medidas propostas são:

- **Enfoque centralizado nas pessoas.** A pedra angular de uma globalização mais justa é a satisfação das demandas de todas as pessoas no que diz respeito a seus direitos, sua identidade cultural e autonomia; trabalho decente e plena capacitação das comunidades locais em que vivem. A igualdade de gênero é indispensável.
- **Estado democrático e eficaz.** O Estado deve ser capaz de administrar sua integração na economia global, bem como proporcionar oportunidades sociais e econômicas, e segurança.
- **Desenvolvimento sustentável.** A busca de uma globalização justa deve sustentar-se nos pilares, interdependentes e que se reforçam mutuamente, do desenvolvimento econômico e social e da proteção do meio ambiente em escala local,

nacional, regional e mundial. • **Mercados produtivos e equitativos.** Para isso, é necessário dispor de instituições coerentes, que promovam oportunidades e impulsionem empresas numa economia de mercado que funcione devidamente. • **Regras justas.** As regras da economia global devem oferecer a todos os países igualdade de oportunidades e de acesso, bem como reconhecer as diferenças em relação às capacidades e necessidades de desenvolvimento de cada país. • **Globalização solidária.** Há responsabilidade compartilhada quanto à prestação de assistência a países e indivíduos excluídos ou desfavorecidos pela globalização. A globalização deve contribuir para corrigir as desigualdades que existem entre os países e dentro deles e para erradicar a pobreza. • **Maior responsabilidade perante as pessoas.** Interlocutores públicos e privados de todas as categorias que dispõem de capacidade para influir nos resultados da globalização devem ser democraticamente responsáveis por políticas que aplicam e medidas que adotam. Além disso, têm de cumprir seus compromissos e usar seu poder respeitando os demais. • **Associações mais comprometidas.** São numerosos os interlocutores que intervêm na realização dos objetivos sociais e econômicos globais, por exemplo, organizações internacionais, governos e parlamentos, empresas, sindicatos, sociedade civil, entre muitos outros. O diálogo e a associação entre eles representam um instrumento democrático fundamental para se criar um mundo melhor. • **Nações Unidas eficazes.** Um sistema multilateral mais sólido e eficaz é um instrumento indispensável para se estabelecer um marco democrático, legítimo e coerente para a globalização (Original sem destaque) (OIT, 2005, p. IX - X).

Para Ferrajoli (2015, p. 185), a alternativa para as crises políticas, econômicas, sociais e ambientais é “o desenvolvimento de um constitucionalismo supranacional, ao menos na Europa e em perspectiva global, capaz de reabilitar o papel governativo da política e o de garantia dos direitos.” É necessária uma esfera pública planetária apta na garantia do interesse público da humanidade global, bem mais abrangente que interesses públicos locais ou nacionais, fundamentada na ideia de caráter universal e vital (FERRAJOLI, 2015).

De acordo com Bauman (2011, p. 254), é preciso responsabilidade global para enfrentar problemas globais, uma solução efetiva é possível por meio de “renegociação e da reforma da rede de interdependências e interações globais.” Assim, as iniciativas econômicas não seriam conduzidas apenas para os ganhos momentâneos, sem atentar para seus efeitos e vítimas colaterais e sem atentar para as dimensões sociais do custo benefício. Seria o desenvolvimento de “uma política que possa ombrear com os mercados globais” (BAUMAN, 2011, p. 255).

Entretanto, uma coordenação no plano global é complicada porque a solidariedade está fixada em identidades coletivas particulares e necessita estar apoiada no universalismo moral dos direitos humanos. Portanto, é imprescindível uma dimensão ética e política comum para a comunidade global (BAUMAN, 2011).

No sentido de uma cooperação global para superação das crises que assolam o planeta Terra, poder-se-ia cogitar de meios em que houvesse a participação de múltiplos atores, tal como ocorre na governança global.

Segundo Veiga (2013, p. 13), a governança global é utilizada para “designar atividades geradoras de instituições (regras do jogo) que garantem que um mundo for-

mado por Estados-nações se governe sem que disponha de governo central.”

Gonçalves e Costa (2011) enfatizam que diversos fóruns internacionais citam a governança global como imprescindível para o desenvolvimento social e econômico e também para resolver problemas comuns. Isto porque o progresso necessita de regulação, realizada por alguma ferramenta de consenso democrático, com instrumentos normativos que assegurem o entendimento e a paz.

Inicialmente a governança global foi considerada “um conjunto de relações inter-governamentais, mas agora deve ser entendida de forma mais ampla, envolvendo organizações não governamentais (ONG), movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capital globais” (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 53)

A governança é vista como a implementação de diversas formas pelas quais as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. Para as crises globais elencadas, é possível que a governança global seja um modo inicial de reunir diversas entidades envolvidas (públicas e privadas) no sentido conformar interesses conflitantes, realizando ações cooperativas para um desenvolvimento global mais humanitário.

A esse respeito, Gonçalves e Costa (2011) afirmam que a cooperação nasce do aprofundamento das crises. Portanto, a governança emerge com uma maneira possível e necessária para reverter tais crises, pois “é uma ferramenta importante, num mundo ainda marcado por preocupações nacionais ligadas à velha ideia de soberania, disputas econômicas e comerciais, e grandes dúvidas sobre a eficiência e efetividade das instituições atuais” (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 115).

O impulso da governança global marcha em paralelo à diminuição dos poderes dos Estados nacionais, “*um declínio do governo*, enquanto outras instituições, como organizações internacionais e supranacionais ONGIs e empresas transnacionais vão preenchendo esse vácuo, configurando a *emergência da governança global*” (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 37).

O Estado-nação já não consegue mais controlar os poderes econômicos globalizados. Portanto, a governança global abre a possibilidade de diálogo entre diversos atores, principalmente os poderes econômicos e de capital, com a finalidade de se chegar a um parâmetro de desenvolvimento inclusivo e humanitário, uma vez que a continuidade das crises apresentadas pode afetar a sobrevivência do próprio ser humano.

Uma política planetária efetiva será possível mediante um diálogo contínuo com múltiplos interlocutores, e não com imposições de um governo planetário. Porém, é algo até agora sem precedentes, que somente a prática histórica poderá mostrar se é ou não factível. Entretanto, deve ser diferente das instituições dos Estados nacionais (fundadas em soberania territorial). As instituições políticas de caráter planetário não podem ser as já existentes, mas ampliadas. A mudança será qualitativa, e não somente quantitativa (BAUMAN, 2011).

Conforme relatado por Gonçalves e Costa (2011), a governança não significa êxito na conquista dos objetivos, mas é uma maneira de propiciar a cooperação entre os diversos atores e nos diversos níveis, estabelecendo regramentos comuns para enfrentar as crises globais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo apresentar a necessidade e a possibilidade de readequação da globalização para que se alcance o objeto maior, que é o desenvolvimento humano e o bem-estar social, a partir da governança global.

A globalização é um fenômeno mundial e inevitável, e não se pode negar que trouxe avanços tecnológicos nas mais diversas áreas. Entretanto, analisando-se este processo, principalmente a preponderância na esfera econômica, percebe-se que há necessidade de ajustes, uma vez que seus benefícios não atingem a todos. Na verdade, há uma gradual polarização entre incluídos e excluídos. Assim, como os seres vivos e o planeta também evoluem, é necessária a “evolução da globalização”.

A globalização busca a competitividade, baseada no avanço tecnológico e também na mão de obra qualificada. Entretanto, ocorre que, na maioria dos países, houve uma grande redução de direitos sociais, investindo-se pouco em educação e qualificação condizentes com a evolução mundial. Consequentemente, não são proporcionadas condições dignas para que todas as pessoas também possam desenvolver suas habilidades. Essa assimetria no processo de globalização aumenta ainda mais a desigualdade social.

O desafio da globalização é imenso, não basta o crescimento econômico, ligado somente à quantidade de fluxo financeiro. É preciso muito mais; é preciso um incremento qualitativo, a conexão com o desenvolvimento humano, relativo ao bem-estar social. E o Estado, engessado pelos ideais neoliberais de redução de gastos e de diminuição de sua estrutura, tem se mostrado apático na transformação da realidade atual.

Deve-se buscar, a partir do crescimento econômico, formas de conformação social universal e solidária, buscar valores morais e éticos como base orientativa de comportamentos, gerando práticas mais assertivas em prol da humanidade.

Conforme transcrito no relatório da OIT - *Para uma globalização justa: criando oportunidades para todos*, o resultado da globalização dependerá do que “fazemos dela. Dependem das políticas, normas e instruções que regem seu curso; dos valores que inspiram seus interlocutores e de sua capacidade de influir no processo” (OIT, 2005, p. 2).

Na verdade, esses resultados dependem da atuação de todas as pessoas, sem exceção, pois não há multinacionais sem pessoas; não há Estados, sem pessoas; não há capitalismo, sem pessoas; não há sociedade, sem pessoas; o compromisso é de todos. A atuação de cada um deve ter por base a dignidade da pessoa humana, a equidade, a universalidade e a solidariedade.

Portanto, a governança global pode ser um meio inicial para que diversos atores (públicos e privados) no cenário mundial iniciem processos para o desenvolvimento social e o econômico ancorados na dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentrien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BUFFON, Marciano. A Crise Estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. *In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). O Estado e suas crises.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CRUZ, Paulo Márcio e STAFFEN, Márcio Ricardo. Neokeynesianismo, Neointervencionismo e Ultraliberalismo: Impactos da Covid-19 no Direito Nacional. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**, v. 40, n. 1, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/953> Acesso em: 25 jun. 2021.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI.** Itajaí: Univali, 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado.** São Paulo: Moderna, 1980.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DEMARCHI, Clovis. Crise do estado e da democracia no contexto da globalização. **Revista Jurídicas**, v. 16, n. 2, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.17151/jurid.2019.16.2.3> Acesso em: 26 jun. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos Direitos – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** Tradução de Alexander Araujo de Souza *et al.* Revisão Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança Global e regimes internacionais.** São Paulo: Almedina, 2011. p. 01-116.
- HARVEY, David. **O neoliberalismo: histórias e implicações.** Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

- IANNI, Octavio. A política mudou de lugar. *In*: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio. **Desafios da Globalização**. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. As Crises de Estado. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho - Relatório OIT. **Uma globalização justa: criando oportunidades para todos**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227072.pdf Acesso em: 30 jun. 2021.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho - 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 Acesso em: 23 maio 2022.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Ed. do Autor, 1984.
- SANTOS, Rafael Padilha; STAFFEN, Márcio Ricardo. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana no constitucionalismo e sua relação com a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável. *In*: OLIVIERO, Maurizio (coord.). **Direito Constitucional Comparado e Neoconstitucionalismo**. Volume 1. Disponível em: https://www.giurisprudenza.unipg.it/files/generale/IMPORT/univali_unipg/DIREITO_CONSTITUCIONAL_COMPARADO_E_NEOCONSTITUCIONALISMO_-_perugia_vol_1_2016_agg.30.6.16.pdf Acesso em: 01 jul. 2021.
- SEN, Amartya. **O Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo; Malheiros, 2007.
- STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- VEIGA, José Eli da. **A desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013.

A IMPORTÂNCIA DAS ÁREAS PROTEGIDAS NOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL

Evandro Régis Eckel¹
André Doumid Borges¹
Ricardo Stanziola Vieira¹

RESUMO

O propósito deste artigo é examinar alguns dos principais compromissos internacionais firmados pelo Estado Brasileiro que guardam estreita relação com a importância das áreas protegidas. São eles a Convenção sobre a Diversidade Biológica e, notadamente, a sua COP 10, que estabeleceu as metas de Aichi, e a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC), especialmente o Acordo de Paris, assinado durante a COP 21, aos quais se acrescenta a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), todos no âmbito da ONU. A análise pretende demonstrar a relevância do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e, de modo geral, das demais áreas protegidas brasileiras, para a consecução desses compromissos, e a necessidade de implementação mediante adequada governança e suficiente financiamento desse que é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), a fim de que tais áreas sejam efetivamente protegidas.

Palavras-chave: Áreas Protegidas; Unidade de Conservação; Diversidade Biológica; Mudanças Climáticas; Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

1 INTRODUÇÃO

As áreas protegidas consistem em espaços geográficos delimitados e protegidos, sob um regime especial de administração, para fins de preservação ou conservação ambiental e, mais recentemente, socioambiental. A noção internacional de áreas protegidas, cunhada pela União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN), é de um espaço geográfico claramente definido, reconhecido, dedicado e gerido por meios legais e outros meios eficazes para conseguir a conservação a longo prazo da natureza, de seus serviços ecossistêmicos e seus valores culturais associados (LAUSCHE; BURHENNE, 2012, p. 14).⁴

A Constituição Federal de 1988 (CRFB) reconheceu o direito fundamental ao meio ambiente, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de

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. Procurador do Estado de Santa Catarina.

2 Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Procurador do Estado de Santa Catarina.

3 Pós-doutor em Direito Ambiental (Universidade de Limoges); Doutor em Ciências Humanas (UFSC); mestre em Filosofia do Direito (UFSC); Professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

4 A IUCN trabalha com um sistema internacional de classificação de áreas protegidas, em 6 (seis) categorias, conforme os objetivos de gestão ou manejo (DUDLEY, Nigel. *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*. Gland (Switzerland): IUCN, 2008. p. 24. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/pag-021.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021).

vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever fundamental de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*). Para assegurar a efetividade desse direito, incumbiu ao Poder Público, entre outras obrigações, as de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, proteger a fauna e a flora e de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (art. 225 § 1º, I a III).

Essa opção política do Constituinte brasileiro está em sintonia com a compreensão internacional de que a criação e o manejo de um sistema de áreas protegidas constituem uma das estratégias globais mais eficientes para assegurar a proteção do meio ambiente mediante a conservação da biodiversidade e a manutenção dos serviços ecossistêmicos essenciais ao bem-estar humano, como a manutenção do ciclo hídrico e conservação dos recursos hídricos, a proteção de hábitat de espécies ameaçadas de extinção, a regulação das condições macro e micro climáticas, a formação e proteção do solo (fertilidade, controle da erosão etc.), a polinização e dispersão de sementes, o fluxo de genes (função reprodutiva), a movimentação do ciclo de nutrientes, a purificação do ar, o sequestro de carbono, a proteção da beleza cênica natural, a proteção de zonas costeiras pelos manguezais e recifes de corais contra tempestades e ressacas do mar, a mitigação e a adaptação a mudanças climáticas etc. (DIAS, 2017, p. 94; BENJAMIN, 2001, p. 279).

Por isso, entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente está a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, nos termos do art. 9º, VI, da Lei n. 6.938/81.

A Constituição de 1988 adotou a denominação genérica de espaços naturais territorialmente protegidos (ETEP), gênero do qual fazem parte, em sentido estrito, as unidades de conservação,⁵ objeto da Lei n. 9.985/2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), e também as demais áreas protegidas 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.

A criação do SNUC representou um marco para o planejamento consistente da conservação, sob uma abordagem ecossistêmica, estruturando um sistema coerente e unificado de categorias de unidades de conservação de proteção integral e de uso sustentável (JOHN; OLIVEIRA, 2017, p. 591), cuja diretriz primeira consiste em assegurar que, no conjunto, estejam representadas amostras significativas e ecologicamente viáveis das diferentes populações, hábitats e ecossistemas do território nacional e das águas jurisdicionais (art. 5º, I, LSNUC).

5 No Brasil, malgrado tenha o Constituinte de 1988 adotado a expressão Espaços Territoriais Especialmente Protegidos, o legislador ordinário denominou de Unidades de Conservação as áreas protegidas objeto da Lei n. 9.985/2000, apartando-as das demais espécies do gênero espaços protegidos pelo ordenamento jurídico, como as APPs e as RLs previstas na lei de vegetação nativa, e as reservas indígenas.

O SNUC é formado pelo conjunto de unidades de conservação, criadas e geridas pelas três esferas de governo, composto por 12 (doze) categorias, cada uma com diferentes objetivos de manejo, divididas em dois grupos: de Proteção Integral, cujo objetivo básico é a preservação, sendo admitido apenas o uso indireto dos recursos naturais, a exemplos dos parques e reservas biológicas; e de Uso Sustentável, como as Áreas de Proteção Ambiental (APA), as Reservas Extrativistas (Resex), as Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS) e as Florestas Nacionais (FLONA), cujo objetivo básico é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais (Lei n. 9.985/2000, art. 7º e §§). Enalteça-se, também, as áreas protegidas privadas, que no SNUC receberam a denominação de Reserva Particular do Patrimônio Privado (RPPN), com importante função complementar das unidades públicas e grande potencial de crescimento.

Cumprir esclarecer que, embora no plano internacional a expressão “área protegida” seja utilizada como sinônimo de “espaço territorial especialmente protegido” (expressão adotada pela CRFB e que abrange tanto as UCs como os demais espaços protegidos, como as APPs e as RLs), no Brasil o termo “áreas protegidas” foi usado para englobar UCs de proteção integral e de uso sustentável (relacionadas com as populações tradicionais), bem como terras indígenas e territórios quilombolas, a exemplo do Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAD) instituído pelo Decreto n. 5.758/06 (LEUZINGER, 2009, p. 118-119).

Criou-se, assim, a estrutura jurídica destinada a proteger e conservar as florestas e a megadiversidade biológica e sociocultural presentes no território nacional e em seus biomas.

Posteriormente à Constituição de 1988, o Brasil foi signatário de importantes convenções internacionais que guardam estreita relação com o tema das áreas protegidas, assumindo, desse modo, em cooperação com os esforços dos demais países, no exercício de sua soberania e com base na responsabilidade dos países sobre os recursos naturais existentes no seu território, o compromisso político, jurídico e ético de fazer cumprir suas disposições, especialmente quando do planejamento, elaboração e execução de políticas públicas. São eles a Convenção sobre a Diversidade Biológica, com destaque para as Metas de Aichi, e a Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima e o Acordo de Paris, aos quais se acrescenta a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que contém os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, os quais serão abordados neste estudo, com ênfase na relevância do sistema de unidades de conservação.

2 CONVENÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE BIOLÓGICA

Nos últimos séculos, após a revolução industrial, as causas antrópicas substituíram as causas naturais como os maiores vetores da perda de biodiversidade (DIAS, 2017, p. 97). As áreas protegidas se tornaram pilares da proteção dos habitats, da conservação da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos.

No âmbito internacional, a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), assinada durante a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 2/94 e promulgada pelo Decreto n. 2.519/98), acordou as obrigações de cada parte contratante, na medida do possível e conforme apropriado, entre as quais a conservação *in situ*, que consiste em estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde seja necessário tomar medidas especiais para conservar a diversidade biológica (art. 8º, “a”), e desenvolver, quando necessário, diretrizes para a seleção, estabelecimento e gestão de áreas protegidas ou áreas onde seja necessário tomar medidas especiais para conservar a diversidade biológica (art. 8º, “b”). Para os propósitos desta Convenção, denominam-se:

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

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

“Hábitat” significa o local ou tipo de local onde um organismo ou população ocorre naturalmente. [...]

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

“Área protegida” significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação; [...] (art. 2º) (ONU, 1992).

Conforme Bensusan *et al.* (2006, p. 12-17), além do tema da conservação propriamente dita, a Convenção instituiu outros dois conceitos novos: o uso sustentável da biodiversidade e a repartição justa e equitativa de benefícios advindos da utilização dos recursos genéticos. Esses três temas estão envoltos num conjunto de valores inovadores que implicam preocupações com efeitos ambientais futuros, em oposição à lógica predominante de curto prazo.

Ainda sobre a conservação *in situ*, dispõe também a CDB, em seu art. 8º, “j”, que cada parte contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.

Quanto à utilização sustentável de componentes da diversidade biológica, o art. 10 estipula que cada parte contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, entre outros: incorporar o exame da conservação e utilização sustentável de recursos biológicos no processo decisório nacional (“a”) e proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável (“c”).

No que diz respeito à integração entre as temáticas biodiversidade, cultura e turismo, que pode ocorrer em diversas unidades de conservação, como os parques (categoria de UC de proteção integral, conforme art. 11 da LSNUC), observa Rodrigues (2016, p. 45) que a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), firmada em 1992, dispõe sobre a importância de se considerar, no âmbito das políticas públicas, os valores estético, recreativo, espiritual, social e econômico da biodiversidade.

Durante a COP-10,⁶ realizada em Nagoya, Província de Aichi, Japão, em 2010, foi aprovado o Plano Estratégico de Biodiversidade para o período 2011-2020, que estabeleceu 20 metas a médio prazo para redução da perda da biodiversidade em âmbito mundial. A meta 11, que faz parte do *Objetivo Estratégico C (melhorar a situação de biodiversidade protegendo ecossistemas, espécies e diversidade genética)*, é de que até 2020, pelo menos 17% das áreas terrestres e das águas continentais e 10% das áreas marinhas e costeiras, especialmente áreas de especial importância para a biodiversidade e serviços ecossistêmicos, tenham sido conservadas por meio de sistemas de áreas protegidas geridas de maneira efetiva e equitativa, ecologicamente representativas e satisfatoriamente interligadas, e por outras medidas espaciais de conservação, e integradas em paisagens terrestres e marinhas mais amplas (ONU, 2010).⁷

Da meta 11 se extrai a necessidade de medidas que promovam a conectividade, como os corredores ecológicos, e a integração com o resto da paisagem, e também da complementaridade de outros mecanismos de proteção baseados em áreas (públicas, privadas, coletivas e fixadas em lei especial como da vegetação nativa).

Desse modo, o Brasil comprometeu-se internacionalmente com a expansão, o fortalecimento e a efetividade de seu sistema de espaços protegidos, em especial o SNUC.⁸

Para DIAS (2021, p. 22; 35), são inegáveis os avanços da agenda global da biodiversidade promovidos pelas Metas de Aichi da CDB, mas é inegável também a insuficiência das medidas tomadas até agora para reverter a crise global de perda da biodiversidade. Nesse sentido, a compreensão dos processos históricos de degradação e perda da biodiversidade promovidos pela humanidade e as lições aprendidas

6 COP é a instância máxima de uma Convenção e sua principal função é de monitorar continuamente a implementação e promover seu desenvolvimento.

7 A nova estratégia global de biodiversidade até 2030 deve ser adotada na COP 15, em Kunming, na China, cuja conclusão sofreu atraso devido à pandemia da Covid-19.

8 Em 2019, o Brasil apresentou o 6º Relatório Nacional contendo informações acerca da implementação da CDB, valendo o registro de que contabilizou, além do SNUC, outras áreas protegidas para alcançar a Meta 11 de Aichi, como as APPs, RL e terras indígenas com vegetação nativa. E manteve uma meta nacional diferenciada de 30% de cobertura no bioma amazônico. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/nr/nr-06/br-nr-06-en.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022.

na implementação das Metas de Aichi serão essenciais para o sucesso na implementação da nova agenda nos próximos 30 anos.

A comunidade científica está a evidenciar a crescente e acelerada extinção da biodiversidade. *Relatório de Avaliação Global* divulgado em maio de 2019 pela Plataforma Intergovernamental sobre Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos (IPBES) dá conta de que cerca de um milhão de espécies de plantas e animais estão em risco de extinção como consequência da ação humana na Terra.⁹

Destacam-se como macroameaças humanas à biodiversidade a destruição, a fragmentação e a degradação de habitats, o desmatamentos e incêndios florestais, a exploração, caça e pesca predatória dos recursos naturais, a introdução e dispersão de espécies exóticas, o aumento de pragas e doenças, o comércio ilegal de espécimes vivos, práticas agrícolas como as monoculturas, e, entre os riscos globais, o efeito estufa e as mudanças climáticas decorrentes (BENJAMIN, 2001, p. 280-281; MILARÉ, 2018, p. 1.304).

O Brasil possui a maior diversidade biológica do planeta. Consoante Young e Me-deiros (2018, p. 12), as UCs, tipologia de áreas protegidas no Brasil (ao lado da outra tipologia, das APPs, RLs e terras indígenas), recobrem significativa parcela do território nacional, protegendo ecossistemas, espécies e meios de vida de populações tradicionais que garantem a provisão de diversos serviços ecossistêmicos essenciais para o bem-estar da humanidade.

Conforme dados do Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (CNUC), mantido pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), até 2021 são 2.598 UCs federais, estaduais e municipais, que correspondem a 18,70% de área continental protegida e a 26,48% de área marinha protegida (BRASIL, 2022).

Embora a mera criação de UCs já tenha sempre um efeito positivo, a principal questão que se põe, no entanto, é a efetividade desse percentual de áreas protegidas. Não se deve olvidar a existência de “percentuais de fachada”. Godoy e Leuzinger (2015, p. 224-225; 240) observam que a reiterada falta de implementação dos espaços ambientais criados pelo Poder Público acaba por induzir a uma falsa noção de proteção, pois, na verdade, muitas dessas áreas existem apenas legalmente, mas não de fato, sem condições mínimas de gestão com vistas a implementar políticas públicas de conservação para as quais se destinam, criando-se, assim, a ideia de “parques de papel”. No que tange ao SNUC, isso ocorre por diversos fatores, entre os quais a escassez de recursos orçamentários e financeiros e a falta de pessoal, que acabam gerando uma situação dramática para os gestores, os quais não têm condições de executar ações mínimas de fiscalização e de infraestrutura para visitação.

Sob outro ângulo, considerando-se a proteção equânime dos biomas, o país não alcançou a META 11 de Aichi. Exemplo disso é o bioma Pantanal, no qual a abrangência das áreas protegidas por unidades de conservação é inferior ao recomendado.

⁹ ONU News. 1 milhão de espécies estão em risco de extinção, revela relatório da ONU, 6 maio 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/05/1670971>. Acesso em: 3 jun. 2022. O relatório, compilado por centenas de especialistas de todo o mundo e baseado em milhares de estudos científicos, é a análise mais aprofundada já publicada sobre o declínio da biodiversidade em todo o mundo e os perigos que essas mudanças podem trazer para a civilização humana.

A questão do financiamento não foi adequadamente equalizada pela Lei n. 9.985/2000. O que se problematiza, então, é se o sistema de unidades de conservação vem atingindo seus objetivos. Muitas UCs não foram implementadas, carecendo de elaboração (e atualização) do plano de manejo, infraestrutura mínima necessária para manejo e visitação, instituição e funcionamento dos Conselhos Consultivo/Deliberativo, processo de regularização fundiária com indenização dos proprietários particulares, falta de pessoal e alocação cada vez menor de verba orçamentária.

Somado a isso (e, em grande parte, em decorrência disso), aumentam as agressões e pressões externas sobre as áreas protegidas, verificando-se o desmatamento crescente no interior de UCs, inclusive naquelas de proteção integral, como os parques, as reservas biológicas (REBIO) e as estações ecológicas (ESEC), assim como o garimpo clandestino, a grilagem de terras públicas, os incêndios florestais e o crime organizado em UCs e demais áreas protegidas.

Defronta-se, ainda, com a atual conjuntura política brasileira que, alheia às evidências científicas cada vez mais robustas, passa por retrocessos em matéria ambiental, especialmente, quanto ao sistema de áreas protegidas, com propostas de revisão, flexibilização, alteração, recategorização, redução e até extinção de UCs, e ainda a criação, por entes subnacionais, de condições legais para a criação de novos espaços protegidos, além de ações concretas de enfraquecimento da governança e do financiamento já exigiu do SNUC.

Esse cenário desolador viola o ordenamento jurídico brasileiro, que abrange, além da Constituição e das leis, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no que tange à criação, proteção eficiente e gestão adequada do sistema de áreas protegidas.

3 CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Segundo Cechin (2010, p. 183), fazer a transição do carbono fossilizado (combustível fóssil), cuja combustão libera gás carbônico (CO₂), responsável pelo aquecimento global do século XXI, para um futuro energético sustentável, é um dos desafios centrais da humanidade neste século, a fim de assegurar que os serviços básicos energéticos sejam estendidos para 2 bilhões de pessoas sem acesso às modernas formas de energia (segurança energética) e de evitar que o aumento da temperatura do planeta, até o final do século, seja de mais de 2°C (em relação à época pré-industrial), preservando a integridade dos ecossistemas essenciais e reduzindo os riscos de conflitos geopolíticos. A meta se justifica diante das consequências negativas para os ecossistemas, a biodiversidade e o abastecimento de água e alimentação, com a possibilidade de extinção da própria espécie humana no planeta.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC), assinada em 1992, teve o objetivo de estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa¹⁰ na atmosfera em um nível que impeça uma interferência humana perigosa

¹⁰ Os três gases que mais contribuem para o efeito estufa são o dióxido de carbono (CO₂), o metano (CH₄) e o óxido nitroso (N₂O).

no sistema climático. Esse nível deverá ser alcançado em um prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima, assegurando que a produção de alimentos não seja ameaçada e permitindo ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável. A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 1/94 e promulgada pelo Decreto n. 2.652/98 (BRASIL, 1998).

Reconhecendo o papel e a importância dos ecossistemas terrestres e marinhos como sumidouros e reservatórios de gases de efeito estufa, a Convenção estabeleceu, em seu art. 4, “d”, a obrigação de promover a gestão sustentável, bem como *promover e cooperar na conservação e fortalecimento, conforme o caso, de sumidouros e reservatórios de todos os gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal, incluindo a biomassa, as florestas e os oceanos como também outros ecossistemas terrestres, costeiros e marinhos.*

A UNFCCC foi marcada pela falta de definição de obrigações específicas de redução de emissões. Porém, como dever específico, determinou, no art. 4, 1, “a”, a elaboração, atualização periódica e apresentação de um inventário nacional de emissões antrópicas por fontes e remoções por sumidouros de todos os GEE.

Por ocasião da COP 21 da UNFCCC, em 2015, foi assinado o conhecido *Acordo de Paris*, no qual as partes, visando fortalecer a resposta global à ameaça da mudança do clima, comprometeram-se a preparar, comunicar e manter sucessivas contribuições nacionalmente determinadas (NDC) que pretendem alcançar a fim de atingir a meta de longo prazo de temperatura definida no art. 2º, “a”, a saber: manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e os impactos da mudança do clima.

O Acordo de Paris, baseado no princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas e capacidades respectivas, à luz das circunstâncias nacionais, caracteriza-se, segundo Nusdeo (2019, p. 197-200), por um sistema em que os países estabelecem as metas e ações que levarão a efeito, progressivas no tempo, para manter o aumento máximo de 2°C e, preferencialmente, 1,5°C, daí sua arquitetura definida como *botton up*, isto é, dos países para o todo, e não o contrário, como caracterizou a definição das metas quando do Protocolo de Kioto, de 1997. Ressalta Nusdeo (2019, p. 198) que o objetivo de mitigação tem como uma de suas características o fato de demandar ações em diferentes setores econômicos e da vida em sociedade, conforme as fontes emissoras e as possibilidades de ampliação de práticas de absorção de carbono nos diferentes países, além das peculiaridades dos efeitos das mudanças climáticas de cada um, que determinam suas estratégias de adaptação. Para tanto, as políticas ambientais climáticas devem valer-se da articulação de várias estratégias, de diversos instrumentos de “comando e controle” e de instrumentos econômicos.

Pelo art. 5º, 1 e 2, as Partes deverão adotar medidas para conservar e fortalecer, conforme o caso, sumidouros e reservatórios de gases de efeito estufa, como referido no art. 4º, parágrafo 1º, “d”, da Convenção, incluindo florestas. E são encorajadas a

adotar medidas para implementar e apoiar, inclusive por meio de pagamentos por resultados, o marco existente conforme estipulado em orientações e decisões afins já acordadas sob a Convenção para: abordagens de políticas e incentivos positivos para atividades relacionadas à redução de emissões por desmatamento e degradação florestal, e o papel da conservação, do manejo sustentável de florestas e aumento dos estoques de carbono florestal nos países em desenvolvimento; e abordagens de políticas alternativas, tais como abordagens conjuntas de mitigação e adaptação para o manejo integral e sustentável de florestas, reafirmando ao mesmo tempo a importância de incentivar, conforme o caso, os benefícios não relacionados com carbono associados a tais abordagens.

O art. 4º, 11, do Acordo de Paris previu que qualquer parte poderá, a qualquer tempo, ajustar a sua NDC com vistas a aumentar o seu nível de ambição. O Brasil ratificou o Acordo de Paris, aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 140, de 16 de agosto de 2016 e promulgado pelo Decreto n. 9.073, de 05 de junho de 2017 (BRASIL, 2017).

O Estado Brasileiro apresentou então, em 2015, a sua NDC, conjunto de metas assumidas no âmbito do Acordo de Paris. Nessa NDC original, o país se comprometeu em reduzir em 37% suas emissões até 2025, tendo por base as emissões nacionais no ano de 2005. A NDC indica ainda reduzir em 43% as emissões nacionais até 2030, também com base no ano de 2005. A meta é neutralizar 100% das emissões de GEE até 2050.

No setor florestal e de mudanças do uso da terra, foram descritas as seguintes ações: fortalecer o cumprimento do Código Florestal, em âmbitos federal, estadual e municipal; fortalecer políticas e medidas com vistas a alcançar, na Amazônia brasileira, o desmatamento ilegal zero até 2030 e a compensação das emissões de gases de efeito estufa provenientes da supressão legal da vegetação até 2030; restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas até 2030, para múltiplos usos; e ampliar a escala de sistemas de manejo sustentável de florestas nativas, por meio de sistemas de georeferenciamento e rastreabilidade aplicáveis ao manejo de florestas nativas, com vistas a desestimular práticas ilegais e insustentáveis.

A atualização da NDC, apresentada em 2022, fixou o percentual de redução de emissões de GEE de 37% em 2025 e de redução em 50% em 2030, e se dispôs a zerar o desmatamento ilegal até 2028 (ONU, 2022).

Globalmente, o desmatamento é a segunda maior causa de emissão de gases de efeito estufa (GEE), após a queima de combustíveis fósseis pelos setores de energia, transportes e indústria (IPCC, 2018).

O Informe Provisional sobre o estado do clima mundial em 2021, apresentado pela Organização Mundial de Meteorologia (WMO, 2021) durante a COP-26 da UNFCCC, em Glasgow, dá conta de que o ano de 2021 registrou recorde na concentração de gases de efeito estufa (GEE), o que, junto com o calor acumulado na atmosfera, levou os últimos sete anos a serem os mais quentes já registrados. O relatório destaca as repercussões na segurança alimentar e no deslocamento de populações. De acordo com o Secretário-Geral da WMO, os eventos meteorológicos extremos

são o “novo normal”. E, se a taxa de aumento das concentrações de GEE continuar a crescer, o aumento da temperatura até o final deste século excederá de longe as metas estabelecidas no Acordo de Paris para limitar o aquecimento global a 1,5 a 2°C acima dos níveis pré-industriais.¹¹

Conforme consta da primeira parte do 6º Relatório de Avaliação do IPCC, *Mudança Climática 2021: A Base da Ciência Física*, mudanças no clima são generalizadas, rápidas, intensificadas, sendo inequívoco que as mudanças climáticas e mais frequentes eventos climáticos extremos estão sendo causados muito mais por atividades humanas do que por causas naturais. O planeta já se aqueceu 1.1º, mas sobre os continentes é 1,6%, superior à meta do acordo de Paris. A menos que haja reduções de emissões de GEE, com transformações no sistema social-econômico, limitar o aquecimento a 1,5% pode ser impossível (IPCC, 2022).¹²

Lembra Cavalcante (2021, p. 401-2), a propósito, que o alerta sobre os riscos ambientais continua emergindo de todos os lados, como o Relatório Global de Riscos 2020, elaborado pelo Fórum Econômico Mundial, o qual destaca que os cinco primeiros riscos globais são decorrentes de danos ambientais, quais sejam: 1. Condições meteorológicas extremas; 2. Falhas nas ações contra as mudanças climáticas; 3. Desastres naturais; 4. Perda de biodiversidade; e 5. Desastres ambientais causados pelo homem. O relatório enfatiza a necessidade de uma ação rápida e com propósitos bem delineados dentro do cenário global instável que se apresenta.

No Brasil, o desmatamento é o maior fator de emissão de GEE.¹³ Nesse cenário, paralelamente à imperiosa “descarbonização” da economia e transição para o uso de energias renováveis e à revisão dos padrões de consumo excessivo, a manutenção e gestão do sistema de áreas protegidas representa estratégia relevante para a mitigação dos efeitos decorrentes das mudanças climáticas.

Conforme Young e Medeiros (2018, p. 13), atualmente, as áreas protegidas são o meio mais eficiente de conservação e proteção desses sumidouros e reservatórios, e sua expansão e fortalecimento é a garantia de que se poderá ter algum sucesso na implementação do Acordo de Paris, já que “a natureza responde, por pelo menos 37% da solução que precisamos implementar para a mitigação dos efeitos causados pelo acúmulo dos gases do efeito estufa na atmosfera”.

Além de todos os outros serviços ecossistêmicos prestados pelas UCs, elas também contribuem para a regulação climática, em virtude da resistência ao desmatamento, e portanto, da retenção de CO₂. Assim, a implementação de políticas públicas de criação, implantação e gestão de UCs contribui efetivamente para o equilíbrio climático.

11 O Relatório se baseia em dados de diversos organismos das Nações Unidas, Serviços Meteorológicos e Hidrológicos Nacionais e *experts* científicos.

12 Confira-se, também, os relatórios dos grupos de trabalho 2 e 3 para o Sexto Relatório de Avaliação, publicados em 2022.

13 Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/11/emissoes-de-gases-estufa-aumentam-no-brasil-atividades-rurais-lideram>. Acesso em: 02 jun. 2022.

É por isso que, pela Lei n. 12.187/2009, a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC),¹⁴ voltada à redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático, visará, entre outras medidas, à preservação, à conservação e à recuperação dos recursos ambientais, com particular atenção aos grandes biomas naturais tidos como Patrimônio Nacional (art. 4º, VI) e à *consolidação e à expansão das áreas legalmente protegidas e ao incentivo aos reflorestamentos e à recomposição da cobertura vegetal em áreas degradadas* (art. 4º, VII).

A respeito da importância do potencial econômico das UCs para a conservação do estoque de carbono presente nas florestas brasileiras, ou, analogamente, da contribuição das UCs em termos de sua capacidade de reduzir as emissões de GEE, Young e Medeiros (2018, p. 102-4) observam que conservar as áreas de vegetação nativa representa o maior desafio a ser enfrentado pelo país em um contexto de mudanças climáticas, e, não por acaso, as principais estratégias brasileiras de combate às mudanças climáticas preveem reduções nas taxas de desmatamento e a recuperação florestal de áreas degradadas, como no caso do PNMC e da NDC assumida pelo Brasil no âmbito do Acordo de Paris, acrescentando que as estratégias de conservação tendem a ser muito mais baratas e eficazes do que as políticas de reflorestamento. Dentre as principais políticas conservacionistas, destaca-se a criação e gestão adequada de UCs, estratégia que se mostrou bastante exitosa no período recente, quando, a partir de 2005, a criação de UCs em ritmo mais acelerado auxiliou na redução das taxas de desmatamento no país, repercutindo na queda dos níveis de emissão de GEE brasileiros. Cerca de 25% do total de remanescentes florestais do país ocorriam no interior de UC.

Além das políticas públicas no âmbito do Programa de Controle do Desmatamento na Amazônia (PPCDAm), incluindo a melhoria na fiscalização e outras medidas de comando e controle, a política de criação de UCs em localidades estratégicas (áreas sob forte pressão do avanço das atividades agropecuárias), na década passada, também teve contribuição efetiva para a redução das taxas de desmatamento na Amazônia Legal. Auditoria do Tribunal de Contas da União realizada em 2013, citada por Young e Medeiros (2018, p. 104), concluiu que, apesar do notável subfinanciamento para a gestão de UCs no país, a existência de áreas protegidas tende a inibir o desmatamento local. Assim, “é nessa capacidade de evitar desmatamento em seu interior que repousa a contribuição das UCs para a redução do nível de emissões de gases do efeito estufa.”

Nos últimos anos, contudo, o desmatamento e os incêndios voltaram a bater recordes atrás de recordes no país. Conforme o Sistema de Estimativa de Emissões de

¹⁴ Como primeiros instrumentos previstos na Lei da PNMC, estavam o Plano Nacional sobre Mudança do Clima, o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (art. 6º, I e II), e os Planos de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento nos biomas. A regulamentação do PNMC (Decreto n. 7.309/10 e Decreto n. 9.578/18) previu a redução de 80% dos índices anuais de desmatamento na Amazônia Legal em relação à média verificada entre os anos de 1996 a 2005, e a redução de 40% dos índices anuais de desmatamento no Bioma Cerrado em relação à média verificada entre os anos de 1999 a 2008. O Decreto n. 9.578/2018 previu o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm) e o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento e das Queimadas no Cerrado (PPCerrado).

Gases de Efeito Estufa (SEEG), do Observatório do Clima (2021),¹⁵ que todo ano calcula quanto o Brasil gerou de poluição climática, verificou-se em 2020 a elevação de 9,5% na emissão de GEE. Pelo SEEG, 46% das emissões brutas totais tiveram relação com mudanças no uso da terra (desmatamento, degradação florestal e conversão de solo entre atividades rurais) e a queima de resíduos florestais, consolidando o setor como a maior fonte de emissão bruta de GEE do país, enquanto 27% das emissões estavam relacionadas com a agropecuária, 18% com a energia, 5% com a indústria e 4% com os resíduos.

Quanto às remoções de GEE da atmosfera, ainda de acordo com SEEG, a maior parte (61%) ocorreu em áreas de vegetação nativa que permanecem como tal em áreas protegidas (unidades de conservação e terras indígenas), mas a real remoção nessas áreas pode estar superestimada, devido a processos de degradação florestal não contabilizados nessas áreas, que reduzem a capacidade de remoção. O restante das remoções vem do crescimento da vegetação secundária, que equivale a 38%, e de outras mudanças de uso da terra, que equivalem a menos de 1%.Essas fontes retiraram da atmosfera por volta de 24% das emissões totais brutas de GEE em 2020.

4 OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Brasil assumiu, durante Assembleia Geral da Nações Unidas, realizada em 2015, o compromisso ético e político¹⁶ de atuar em parceria colaborativa para a implementação da *Agenda 2030*, um plano de ação global que reúne 17 *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável* (ODS) e 169 metas globais assumidas pelos 193 países membros da ONU, visando erradicar a pobreza e a promover vida digna a todos, nas condições que o Planeta oferece e sem comprometer a qualidade de vida das próximas gerações. São ODS: 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 potável e saneamento; 7. Energia limpa e acessível; 8. Trabalho decente e crescimento econômico; 9. Indústria, inovação e infraestrutura; 10. Redução das

15 É o maior nível de emissão do país desde 2006, sendo o desmatamento na Amazônia o principal responsável por essa elevação. Ainda de acordo com o SEEG, descontando as remoções de carbono por florestas secundárias e áreas protegidas, as emissões líquidas do país no ano passado aumentaram 14% em relação a 2019.

16 Diferentemente das convenções acima abordadas, os ODS não foram objeto do procedimento dualista de internalização de atos internacionais, previsto nos arts. 49, I, e art. 84, VIII, da CRFB, entendendo a Advocacia-Geral da União, por isso, que constituem caráter meramente recomendatório. No entanto, mesmo com o veto presidencial aposto ao dispositivo do projeto de Lei do Plano Plurianual 2020-2023, que inseriu como diretriz do PPA a persecução dos ODS, reconheceu-se sua importância política e diplomática. Ainda, declarou a Secretaria de Governo da Presidência, em nota, que o veto "não implica a retirada do país da Agenda nem desfaz o compromisso assumido pelo Brasil com o desenvolvimento sustentável", e que a Secretaria Especial de Articulação Social é responsável pela governança da Agenda 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." Posteriormente, o Decreto n. 9.980/2019, que atribuiu tal responsabilidade àquela Secretaria, foi revogado, não estabelecendo a nenhum outro órgão do Governo Federal as ações de internalização dos ODS. 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, a exemplo dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público e de entes subnacionais, e sua internalização daria respaldo jurídico de maior robustez à sociedade para exigir do Poder Público a sua consecução como políticas de Estado, e não de governo (UBA, 2021, p. 47-57). De todo modo, a Agenda 2030 é aqui tratada porque constitui compromisso assumido pelo país que corrobora a importância da diversidade biológica para a sustentabilidade, conectando-se com as Metas de Aichi e com o Acordo de Paris e harmonizando-se com os ditames constitucionais e legais no que toca ao papel das áreas protegidas.

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; e 17. Parcerias e meios de implementação. Os objetivos e metas são integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: social, ambiental e econômica. As interconexões e a natureza integrada dos ODS são de importância crucial para assegurar que o propósito da nova Agenda se concretize (ONU, 2015).

A “Agenda 2030” possui, entre os 17 objetivos definidos, dois (ODS 14 e ODS 15) totalmente dedicados à biodiversidade, tratando diretamente da importância da conservação dos ecossistemas terrestres e marinhos como condição para a melhoria das condições de vida em nosso planeta. Desses ODS, realçam-se, aqui, as seguintes metas:

Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável.¹⁷ [...]

14.5 Até 2020, conservar pelo menos 10% das zonas costeiras e marinhas, de acordo com a legislação nacional e internacional, e com base na melhor informação científica disponível. [...]

Objetivo 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.

15.1 Até 2020, assegurar a conservação, recuperação e uso sustentável de ecossistemas terrestres e de água doce interiores e seus serviços, em especial florestas, zonas úmidas, montanhas e terras áridas, em conformidade com as obrigações decorrentes dos acordos internacionais. [...]

15.5 Tomar medidas urgentes e significativas para reduzir a degradação de hábitat naturais, deter a perda de biodiversidade e, até 2020, proteger e evitar a extinção de espécies ameaçadas.

15.6 Garantir uma repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e promover o acesso adequado aos recursos genéticos. [...]

Além do estabelecimento dos objetivos e das metas, as Nações Unidas estabeleceram indicadores globais para auxiliar na medição dos resultados. Os indicadores são dispositivos de avaliação e controle de desempenho, mobilizados cada vez mais intensamente pelas instâncias de governança global (FRYDMAN, 2018, p. 74). No que se refere ao ODS 15, destacam-se como indicadores a classificação na Lista Vermelha de espécies ameaçadas, coordenada pela UICN, a alteração anual da área de florestas e os ambientes terrestres de importância para a biodiversidade com proteção total.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)¹⁸ desenvolveu uma proposta de adequação dessas metas à realidade brasileira, bem como estabeleceu indicadores

¹⁷ Sobre a importância dos oceanos para o clima, confira: CUNHA, Leticia Cotrim da *et al.* Por um oceano sustentável. In: WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; GODINHO, Heloisa Helena Antonacio Monteiro; IOCKEN, Sabrina Nunes (Coord.). **Políticas públicas e os ODS da Agenda 2030**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 413-425.

próprios para acompanhar o seu cumprimento (MARQUES; VIEIRA, 2020, p. 428), criando uma plataforma que permite acompanhar indicadores do ODS para o Brasil.

Com relação à Meta 15.1, o Ipea propôs, como metas nacionais, que (15.1.1br) a conservação das áreas elencadas se dê por meio de *sistemas de unidades de conservação* e outras categorias de áreas protegidas, as quais devem corresponder, até 2020, a pelo menos 30% da Amazônia, 17% de cada um dos biomas terrestres, e 10% de áreas marinhas e costeiras, principalmente áreas de especial importância para biodiversidade e serviços ecossistêmicos, assegurada e respeitada a demarcação, regularização e a gestão efetiva e equitativa, visando garantir a interligação, integração e representação ecológica em paisagens terrestres e marinhas mais amplas (IPEA, 2018). De acordo com a justificativa do Ipea, a meta nacional 15.1.1br teve seu texto alterado à realidade nacional para corresponder à Meta Nacional de Biodiversidade n. 11, que foi aprovada por meio da Resolução n. 06 da Comissão Nacional de Biodiversidade (CONABIO), de 2013, e guarda relação com compromissos internacionais assumidos no âmbito da CDB.

Fixou ainda que, até 2030, sejam asseguradas a conservação dos ecossistemas aquáticos continentais e de suas biodiversidades e a pesca sustentável nestes ambientes (15.1.2br).

O Ipea fixou como indicadores dessas metas: a) a área florestal como proporção da área total do território; e b) a proporção de sítios importantes para a biodiversidade terrestre e de água doce cobertos por *áreas protegidas*, por tipo de ecossistemas.

Conforme conceitos mencionados, áreas conservadas, com *gestão efetiva*, são aquelas devidamente demarcadas e regularizadas (regularização fundiária) que garantem a conservação ou o uso sustentável dos recursos naturais e processos ecológicos, com base no uso eficiente de recursos, infraestrutura e pessoal qualificado, por meio de planejamento e processos participativos de gestão. Para assegurar efetividade ao processo de gestão é muito importante considerar a complexidade do contexto onde a área está inserida e viabilizar um processo de manejo adaptativo que permita a reflexão e o contínuo ajuste do modelo adotado, para garantir impactos positivos na paisagem.

E *gestão equitativa* de áreas conservadas é aquela que considera e respeita os direitos das comunidades, tendo como base a legislação e os acordos internacionais, de modo a garantir a participação representativa dos atores interessados na gestão. Particularmente no caso dos Territórios Indígenas e Unidades de Conservação (UCs) de uso sustentável (como a RESEX e a RDS), a gestão equitativa deve respeitar o uso, costume e tradição, práticas consuetudinárias e o direito de consulta (p. ex., protocolos comunitários), e não comprometer o direito de gerações futuras como usufrutuárias.¹⁹

Já a Meta 15.5, que, no âmbito nacional, foi subdividida em três e fixou que, até 2020: (15.5.1br) a taxa de perda de habitats naturais seja reduzida em 50% (em re-

¹⁹ Conforme se extrai do seu sítio na *internet*, o Ipea é uma fundação pública federal vinculada ao Ministério da Economia, e suas atividades de pesquisa fornecem suporte técnico e institucional às ações governamentais para a formulação e reformulação de políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros.

lação às taxas de 2009) e a degradação e a fragmentação em todos os biomas seja reduzida significativamente; (15.5.2br) o risco de extinção de espécies ameaçadas será reduzido significativamente, tendendo a zero, e sua situação de conservação, em especial daquelas sofrendo maior declínio, terá sido melhorada; e (15.5.3br) a diversidade genética de microrganismos, de plantas cultivadas, de animais criados e domesticados e de variedades silvestres, inclusive de espécies de valor socioeconômico e/ou cultural, terá sido mantida e estratégias terão sido elaboradas e implementadas para minimizar a perda de variabilidade genética. Adotou-se como indicador o índice das listas vermelhas da UICN.

Cabe adicionar que a Meta 15.6 foi assim desmembrada, no âmbito nacional: (15.6.1br) garantir uma repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, e promover o acesso adequado aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados; e (15.6.2br) até 2030, os conhecimentos tradicionais, inovações e práticas de povos indígenas, agricultores familiares e comunidades tradicionais relevantes à conservação e uso sustentável da biodiversidade, e a utilização consuetudinária de recursos biológicos terão sido respeitados, de acordo com seus usos, costumes e tradições, a legislação nacional e os compromissos internacionais relevantes, e plenamente integrados e refletidos na implementação da CDB com a participação plena e efetiva de povos indígenas, agricultores familiares e comunidades tradicionais em todos os níveis relevantes.

Sobre esse assunto, vale gizar que a Lei Federal n. 13.123/2015 regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, o art. 1, a alínea j do art. 8, a alínea c do art. 10, o art. 15 e os §§ 3º e 4º do art. 16 da CDB, dispondo sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Essa norma reconhece os usos, costumes e tradições de povos e comunidades como relevantes para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade.

As áreas efetivamente protegidas são, portanto, fundamentais para a consecução dos ODS 14 e 15. Percebe-se que o ODS 14.5 conecta-se com a Meta 11 de Aichi (CDB), relativa à conservação, até 2020, de pelo menos 10% das zonas costeiras e marinhas.

No entanto, como analisa DIAS (informação verbal),²⁰ a questão da biodiversidade perpassa vários objetivos da Agenda 2030. O ODS 2 (fome zero e agricultura sustentável), relativo à segurança alimentar, chama a atenção para a biodiversidade, da qual depende fortemente a saúde humana, seja como fonte de alimentação e dietas saudáveis, seja como fonte dos produtos medicinais, tanto as medicinas tradicionais quanto as drogas que a indústria farmacêutica sintetiza. A produção agropecuária

19 Calha mencionar, nesse particular, que o Brasil é signatário, também, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20/6/2002.

20 DIAS, Bráulio Ferreira de Souza. Informação verbal. Palestra no Painel I - As Unidades de Conservação no Brasil, Biodiversidade e os Acordos Internacionais, no evento **Unidades de Conservação no Brasil: ameaças, retrocessos e o futuro do SNUC**, realizado pela ANDI - Comunicação e Direitos no dia 17 de julho de 2017, em São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fxDTixHhWB4>. Acesso em: 19 jun. 2022.

é fortemente dependente da biodiversidade, seja na forma de diversidade genética, seja na forma de serviços ecossistêmicos. Outro tipo de serviço ecossistêmico fundamental é o da polinização cruzada promovida por abelhas e outros tipos de animais polinizadores (como muitas mariposas, besouros, aves e morcegos). De fato, mais de um terço de tudo o que se come é fortemente dependente da polinização animal (DIAS, 2017, p. 97).

As unidades de conservação e demais mecanismos de proteção baseados em áreas contribuem, ademais, para a erradicação da pobreza e para a geração de trabalho, emprego e renda, e assim para o desenvolvimento econômico, salientando o mesmo autor que todas as unidades de conservação de uso sustentável, como as RESEX, as RDS e as APAs (área de proteção ambiental), permitem vários usos e atividades em seu interior.

O ODS 6 (água potável e saneamento) igualmente reclama atenção para a temática da biodiversidade e a importância da preservação dos ecossistemas protetores de mananciais para a manutenção do ciclo hidrológico. A disponibilidade da água está relacionada ao bom funcionamento do ciclo hidrológico e recarga dos aquíferos (DIAS, 2017, p. 98).

A contribuição das UCs para produção e conservação da qualidade e quantidade de água se materializa em cinco importantes usos diretos: geração de energia hidrelétrica e captação para abastecimento humano, irrigação, criação animal e indústria. Quanto à geração hidrelétrica, que desempenha papel fundamental na matriz energética brasileira, tem-se que “pouco mais da metade (56%) da capacidade de produção de hidrelétrica em operação no Brasil está sob influência de Unidades de Conservação” (YOUNG; MEDEIROS, 2018, p. 125-7). Muitas UCs, como o Parque Nacional do Iguaçu, protegem recursos hídricos essenciais para a geração de energia elétrica para o país. Quanto aos usos consuntivos da água, que também diretos produzem benefícios diretos, abrangem a captação da água para consumo humano, a irrigação para agricultura, a dessedentação de animais e a indústria. No que é pertinente ao consumo humano, aproximadamente um quarto da captação para abastecimento humano são influenciados por UCs, que ajudam a manter a qualidade e a quantidade de água necessárias. Mais da metade dessa captação dá-se na região de Mata Atlântica, em função da maior captação e da grande quantidade de UCs localizadas nas proximidades das captações, que podem indicar a prioridade do abastecimento humano e o papel atribuído às UCs, muitas justificadas pela necessidade de manutenção dos mananciais (YOUNG; MEDEIROS, 2028, p. 130).

Ilustra-se, no plano local, com o emblemático Parque Estadual da Serra Tabuleiro, que, além do imenso valor para a conservação da biodiversidade, regulação climática e potencial turístico, protege os mananciais que asseguram o abastecimento de água da região da Grande Florianópolis.

Em adição, Rodrigues (2016, p. 46) destaca, ainda, que a erradicação da pobreza (ODS 1), o crescimento econômico sustentável e a geração de emprego pleno e produtivo e trabalho digno para todos (ODS 8), o consumo e produção responsáveis (ODS 12), guardam estreita relação com os potenciais efeitos do turismo, em asso-

ciação com a natureza e a cultura dos destinos de turismo, valendo realçar, nesse ponto, a visitação e o turismo ecológico nos parques e em unidades de usos sustentável, fator de desenvolvimento social e econômico regional cujo potencial é ainda subutilizado no Brasil.

Destaca-se, também, o ODS 13, relativo à ação contra a mudança global do clima, instando que sejam tomadas medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos. Como já demonstrado no item anterior, em que se tratou da Convenção do Clima, é relevante o papel prestado pelo sistema de áreas protegidas no Brasil. A questão climática está subjacente aos demais ODS, e afetará, por exemplo, a agricultura e o fornecimento de água.

Enfim, é manifesta a interconexão e interdependência das três temáticas, preservação dos habitats, da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos, resposta global às mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global e objetivos do desenvolvimento sustentável, todas convergindo para a conservação da biodiversidade e, conseqüentemente, para a sustentabilidade e sua inerente responsabilidade e solidariedade intergeracionais, evidenciando a importância do fortalecimento e da gestão efetiva e equitativa do sistema nacional de unidades de conservação e da complementaridade das demais áreas protegidas.

A Lei n. 9.985/2000, que institui o SNUC no Brasil, entende como uso sustentável a exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável (art. 2º, XI). Resumidos na exploração ambientalmente sustentável, socialmente justa e economicamente viável, estão aí os três aspectos da sustentabilidade que devem ser equilibrados.

O sistema de áreas protegidas enfrenta, no entanto, um déficit de implementação, não tendo recebido a devida atenção por parte do Poder Público no Brasil, que destina cada vez menos recursos ao SNUC, permanecendo, em consequência disso, enfraquecidos a fiscalização, o monitoramento e o controle dos usos e atividades ilegais que ocorrem no interior e no entorno das UCs em todo o país e que ameaçam a integridade dos atributos ecológicos que justificaram a sua criação (ECKEL, 2020, p. 226).

Em obra intitulada *Quanto vale o verde?*, já citada, Young e Medeiros (2018, p. 30) dedicaram-se a demonstrar a importância econômica das UCs brasileiras, sofisticando uma série de análises e projeções sobre a relação entre ativos e serviços protegidos pelas UCs e a economia nacional, e reforçando a tese de que os ganhos econômicos diretos e indiretos decorrentes da manutenção das UCs no país superaram, com larga vantagem, os gastos e investimentos requeridos pelo SNUC. Mesmo que a maioria das UCs brasileiras não gere receitas próprias, elas geram valor porque são responsáveis por proteger uma vasta gama de serviços ecossistêmicos que beneficia direta ou indiretamente as sociedades humanas, em particular as que estão mais próximas a elas.

Em que pese o desafio da valoração de alguns bens e serviços associados às UCs, havendo serviços de grande complexidade para a estimação, como o volume de emissões de carbono evitadas pelas UCs, ou a conservação de solos pela preservação da vegetação nativa que protege os recursos hídricos e as atividades humanas dependentes, as lacunas de informação e problemas metodológicos não são impeditivos para que sejam efetuados exercícios de valoração dos benefícios, e, apesar das limitações e simplificações adotadas, os resultados evidenciam de forma robusta, segundo Young e Medeiros (2018, p. 31), que é necessário aumentar o investimento tanto no fortalecimento das UCs quanto no aperfeiçoamento de um sistema de informações referente aos principais serviços ambientais associados, não apenas por razões ambientais, mas também sociais e econômicas.

Eles dividem a contribuição econômica das UCs para a economia nacional em cinco grandes temas: extrativismo e pesca; turismo e uso público; recursos hídricos e solos; carbono; e ICMS Ecológico. A respeito da importância do potencial econômico das UCs para a conservação do estoque de carbono presente nas florestas brasileiras, ou, analogamente, da contribuição das UCs em termos de sua capacidade de reduzir as emissões de GEE, Young e Medeiros (2018, p. 110) têm se dedicado a estabelecer e aperfeiçoar critérios e metodologia para calcular essa contribuição econômica, observando que uma forma simples de estimá-las numa métrica monetária se dá através da multiplicação da quantidade de carbono conservado por um preço por tonelada de carbono praticado em mercados já constituídos de direitos de emissão. A hipótese implícita desse procedimento é a de que os preços atualmente observados por direitos de emissão de GEE refletem o valor mínimo da “disposição a pagar” pela redução da concentração de GEE na atmosfera, estabelecendo um patamar mínimo do valor social de evitar tais emissões.

Os resultados obtidos pelo estudo de Young e Medeiros (2018, p. 111-112) dão uma dimensão da enorme importância das UCs para a redução das emissões de carbono por desmatamento evitado no Brasil. E mostram a importância do estabelecimento de esquemas de pagamento por emissões evitadas por desmatamento e degradação florestal que beneficiem investimentos em UCs, haja vista sua enorme contribuição para o tema. Aliás, o art. 6º do Acordo de Paris prevê a possibilidade de os países participarem voluntariamente de mecanismos cooperativos que permitam o uso de *resultados de mitigação internacionalmente transferidos* (ITMO) para fins de cumprimento das NDCs sob o acordo, enquanto o art. 6º, 4, refere o estabelecimento de um mecanismo para contribuir com a mitigação de emissões de GEE, supervisionado pela COP (NUSDEO, 2018, p. 189-90).

Concluem Young e Medeiros (2018, p. 177-8) que investir em conservação apresenta uma elevada relação benefício-custo e investir na melhoria e ampliação das UCs é uma forma de obter retornos econômicos e sociais bastante superiores aos valores alocados, e, portanto, mais do que uma agenda ambiental, deveria ser considerada uma agenda prioritária para o desenvolvimento econômico e social.

Segundo relatório divulgado em 2018 pelo IPBES, órgão ligado à ONU para confeccionar diagnóstico sobre o estado global da biodiversidade e ecossistemas, o valor

econômico estimado dos serviços ecossistêmicos nas Américas é de 14 trilhões de dólares, evidenciando o impacto na Economia.²¹

Atestada a importância do tema, urge atenção e esforço nas questões de governança, envolvendo governos, academia, setor privado e sociedade civil organizada, bem como nos mecanismos de financiamento para a implementação desses compromissos internacionalmente assumidos e o cumprimento dos deveres constitucionais e legais concernentes às áreas protegidas, para que, na dicção do Constituinte, se mantenham íntegros os atributos que justificaram sua proteção.²²

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao reconhecer, no seu art. 225, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impor ao Estado e à coletividade o dever fundamental de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, a Constituição de 1988 estabelece obrigações ao Poder Público, entre elas a de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, e de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, vedando qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Após a promulgação da Carta Constitucional, o Brasil foi signatário de importantes convenções internacionais que guardam estreita relação com o tema das áreas protegidas, sendo eles a Convenção sobre a Diversidade Biológica e as Metas de Aichi, a Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima e o Acordo de Paris, às quais se acrescenta a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, cujo exame permite aquilatar o papel e a relevância que possui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. O país assumiu, assim, no exercício de sua soberania, o compromisso político, ético e jurídico de fazer cumprir essas disposições, especialmente quando do planejamento, elaboração e execução de políticas públicas.

Evidencia-se a interconexão e interdependência das três temáticas enfrentadas no âmbito da ONU, a saber, a preservação dos habitats, da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos, objeto da CDB, a resposta global às mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global, alvo do Acordo de Paris, e os objetivos do desenvolvimento sustentável contidos na Agenda 2030, todas convergindo, no geral, para a conservação da biodiversidade e, conseqüentemente, para a sustentabilidade e sua inerente responsabilidade e solidariedade intergeracional, e demonstrando, particularmente, a importância do fortalecimento e da gestão efetiva e equitativa do sistema nacional de unidades de conservação e, de modo geral, das áreas protegidas.

21 "Cientistas alertam que floresta Amazônica reduziu a capacidade de absorção de carbono, chegando à quase zero". In: EcoDebate. ISSN 2446-9394, 24/08/2018. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2018/08/24/cientistas-alertam-que-floresta-amazonica-reduziu-a-capacidade-de-absorcao-de-carbono-chegando-a-quase-zero/>. Acesso em: 29 maio 2019. "Não há dúvidas de que, do ponto de vista econômico, o vapor de água que a Amazônia processa e se transforma em chuva irrigando as culturas de soja no Mato Grosso, culturas de alimento no Rio Grande do Sul, Goiás e em São Paulo, todo esse serviço ambiental vale trilhões de dólares", afirma o pesquisador Paulo Artaxo.

22 O escopo inicial deste trabalho não comporta a análise e o aprofundamento dessas questões. Consigna-se, apenas, que o ODS 17 (parceiras e meios de implementação) consiste em fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação, aí incluídas as áreas protegidas privadas, que no país são as RPPNs, bem assim, todas as demais áreas protegidas previstas na legislação brasileira, são fundamentais para a proteção de habitats, a conservação da biodiversidade e a manutenção dos serviços ecossistêmicos e contribuem para a realização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Além disso, apresentam papel importante na mitigação dos efeitos das mudanças climáticas. Contudo, muito além da criação de sistemas de áreas protegidas nacionais e regionais abrangentes, é necessário que esses espaços territoriais sejam reforçados e consolidados, efetivamente gerenciados e suficientemente financiados.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman. Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 276-316.

BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; BARRETTO FILHO, Henyo Trindade. Introdução. In: BENSUSAN, Nurit; BARROS, Ana Cristina; BULHÕES, Beatriz; ARANTES, Alessandra (org.) **Biodiversidade**: é para comer, vestir ou passar no cabelo? São Paulo: Peirópolis, 2006. p 13-28.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Decreto Legislativo n. 2, de 1994**. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/textoconvenoportugus.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 2.652, de 1º de junho de 1998**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 10, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12187.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998;

dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 9.073, de 05 de junho de 2017**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (CNUC)**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjUxMTUoNWMTODkyNCooNzNiLWJiNTQtNGI3NTI2NjliZDkzIiwidCI6IjM-5NTdhMzY3LTZkMzgtNGMxZi1hNGJhLTMzZThmM2M1NTBlNyJ9>. Acesso em: 13 jun. 2022.

CAVALCANTE, Denise Lucena. O papel da tributação ambiental em prol do ODS 13: ações contra as mudanças climáticas. In: WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; GODINHO, Heloísa Helena Antonacio Monteiro; LOCKEN, Sabrina Nunes Iocken (coord.). **Políticas públicas e os ODS da Agenda 2030**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 401-411.

CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora SENAC São Paulo/Edusp. 2010.

CUNHA, Leticia Cotrim da; PINHO, Luana Queiroz; MOSER, Gleyci A. O.; FURTADO, Cristina Russi G. Por um oceano sustentável. In: WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; GODINHO, Heloísa Helena Antonacio Monteiro; IOCKEN, Sabrina Nunes (Coord.). **Políticas públicas e os ODS da Agenda 2030**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 413-425.

DIAS, Braulio Ferreira de Souza. Palestra no Painel I - As Unidades de Conservação no Brasil, Biodiversidade e os Acordos Internacionais, no evento **Unidades de Conservação no Brasil**: ameaças, retrocessos e o futuro do SNUC, realizado pela ANDI - Comunicação e Direitos no dia 17 de julho de 2017, em São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fxoTixHhWB4>. Acesso em: 19 jun. 2022.

DIAS. Degradação da Biodiversidade e as Metas de Aichi no Mundo e no Brasil: um balanço dos avanços e das perspectivas. **Revista Bio Diverso**. Porto Alegre: Instituto de Biociências da UFRGS, v. 1: Conservação & Desenvolvimento Sustentável, p. 22-44, 2021.

DIAS. Biodiversidade, por que importa! **Cause magazine**. Rio de Janeiro, n. 5 (tema nature), p. 94-100, 2017. Disponível em: <https://www.cause-magazine.com/conteudo/2017/8/15/biodiversidade-por-que-importa-?rq=braulio%20dias>. Acesso em: 19 jun. 2022.

ECKEL, Evandro Régis. **A regularização fundiária como principal desafio à implementação do sistema de áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito**: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

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**, Brasília, v. 52, n. 206, p. 223-243, abr./jun. 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods15.html>. Acesso em: 13 jun. 2022.

IPCC - PAINEL INTERGOVERNAMENTAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS. **Aquecimento Global de 1,5 °C**. 2018. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/>. Acesso em: 18 jun. 2022.

IPCC - PAINEL INTERGOVERNAMENTAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS. **Sixth Assessment Report**. Working group 1. Climate Change 2021. The physical science basis. 06 ago. 2021. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/>. Acesso em: 13 jun. 2022.

JOHN, Vinicius; OLIVEIRA, Regina. Amplitude do conceito de áreas protegidas e as dificuldades para sua criação no Amazonas. *In*: Seminário Brasileiro sobre Áreas Protegidas e Inclusão Social, VIII; Encontro Latino-Americano sobre Áreas Protegidas e Inclusão Social: Repensando os paradigmas institucionais da conservação, III, Niterói, 18 a 21 out. 2017. **Anais [...]**. Niterói: Faculdade de Direito/UFF - PPGSD-UFF, 2017. p. 587-604.

LAUSCHE, Barbara; BURHENNE, François. **Directrices para la legislación reactiva a áreas protegidas**. Serie de Política y Derecho Ambiental n. 81. Gland, Suiza: UICN, 2012. p. 14. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-081-Es.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e Cultura**: Unidades de Conservação de Proteção Integral e Populações Tradicionais Residentes. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

MARQUES, Jaqueline Maria Jacobsen; VIEIRA, Giselle Ferreira. ODS 15 – Vida terrestre e os incêndios no pantanal. *In*: WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; GODINHO, Heloísa Helena Antonacio Monteiro; IOCKEN, Sabrina Nunes (coord.). **Políticas públicas e os ODS da Agenda 2030**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 427-440.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Direito Ambiental e Economia**. Curitiba: Juruá, 2018.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Mudanças climáticas e os instrumentos jurídicos adotados pela legislação brasileira para o seu combate. *In*: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; TRENNEPOHL, Terence (coord.). **Temas de Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 196-214.

OBSERVATÓRIO DO CLIMA. Sistema de Estimativa de Emissões de Gases de Efeito Estufa (SEEG). **Análise das emissões brasileiras de e suas implicações para as metas climáticas do Brasil 1970 – 2020**. 2021. Disponível em: https://seeg-br.s3.amazonaws.com/Documentos%20Analiticos/SEEG_9/OC_03_relatorio_2021_FINAL.pdf. Acesso em: 07 jun. 2022.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on Biological Diversity**. 1992. Disponível em: <https://www.cbd.int/convention/text/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on Biological Diversity**. 2010. Aichi Biodiversity Targets. Disponível em: <https://www.cbd.int/sp/targets/#GoalC>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Registro de Contribuições Determinadas Nacionalmente**. Disponível em: <https://unfccc.int/NDCREG>. Acesso em 09 jun. 2022.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando o nosso mundo**: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 05 jun. 2021.

RODRIGUES, Camila Gonçalves de Oliveira. Políticas públicas e parcerias para a gestão do turismo e dos bens naturais e culturais. *In*: IRVING, Maria de Azevedo; CALABRE, Lia; BARTHOLO, Roberto; LIMA, Marcelo A. G. de; MORAES, Edilaine Albertino de, EGREJAS, Marisa; LIMA, Deborah Rebello (org.). **Turismo, Natureza, Cultura**: Interdisciplinaridade e políticas públicas. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2016. p. 45-47.

UBA, André Emiliano. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU): entraves e desafios para aquisição de efetividade normativa no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis: PGE/SC, n. 11, 2021.

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

WMO - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE METEOROLOGIA. **Estado do Clima Mundial em 2021. Informe Provisional**. 2021. Disponível em: <https://public.wmo.int/es/media/comunicados-de-prensa/estado-del-clima-en-2021-los-fen%C3%B3menos-extremos-y-sus-principales> Acesso em: 02 jun. 2022.

A ADVOCACIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS: *Town Meeting* e a construção dialógica da decisão

Felipe Cidral Sestrem¹

RESUMO

O artigo em questão analisa as intersecções entre os conceitos de *processos estruturais*, *legitimação adequada* e *town meeting*, bem como o papel da Advocacia Pública na promoção desses (novos) instrumentos integrados ao microsistema de processos coletivos, como vetor de construção dialógica das decisões. A proposta sugere a adoção de um papel proativo das Procuradorias na garantia da arena processual legítima. Nessa arena, sobretudo necessário nos processos estruturais (como condição da decisão a ser proferida), debate-se democraticamente o arranjo de recomposição institucional, exercendo-se ativamente o papel pontual que a Advocacia Pública detém na efetivação de direitos fundamentais. Essa abertura dialógica, somada com o dever de promoção do debate plural no espaço destinado à participação social apresentam-se, na proposta sugerida, como catalizadores da redução e correção dos litígios estruturais, contribuindo para a pacificação definitiva do conflito social. As Procuradorias possuem esse caráter conectivo, de interlocução com os agentes públicos, garantindo a melhor performance das decisões.

Palavras-chave: Processos Estruturais; *Town Meeting*; Legitimação Adequada; Advocacia Pública.

1 INTRODUÇÃO

Qual é a relevância dos processos estruturais e da legitimação adequada para a Advocacia Pública e de que forma interagem esses conceitos com as atividades exercidas nas Procuradorias? O que é *Town Meeting* e qual a relevância para a Advocacia Pública? E, ainda, como os *Town Meetings* relacionam-se com o processo civil brasileiro?

Essas problemáticas são o impulso inicial do presente trabalho.

Debatendo-se os conceitos operacionais de *Town Meeting*, *Processos Estruturais* e *Legitimação Adequada*, pretende-se analisar o papel da Advocacia Pública na implementação prática desse instrumento do microsistema processual coletivo.

O objetivo é apresentar os contornos do papel proativo que as Procuradorias de Estado devem possuir para viabilizar o uso dos *Town Meeting* em *Processos estruturais* brasileiros, tornando-se a construção da solução do conflito mais dialógica e democrática.

Utilizando-se uma abordagem dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica, o trabalho é subdividido em três capítulos, o primeiro apresentando o conceito de *Pro-*

¹ Procurador do Município de Joinville. Mestrando em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-CCJ/UFSC). 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). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5244-2359> E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br

cessos estruturais e Legitimação Adequada. O segundo capítulo discute o conceito de *Town Meeting*. O último, correlacionando os conceitos anteriores à atuação da Advocacia Pública, propõe a solução das perguntas, de forma não exaustiva.

2 PROCESSOS ESTRUTURAIS E LEGITIMAÇÃO ADEQUADA

A internalização dos *Processos estruturais* na práxis jurídica dos países, inclusive do Brasil, é uma tendência e um movimento global², iniciado há mais de cinquenta anos nos Estados Unidos. A doutrina discute a necessidade do estabelecimento de uma efetiva teoria dos *Processos estruturais*, inclusive quanto ao legitimado processual, se atribuídos poderes exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal ou não.³

A despeito da ausência de previsão legislativa específica, é inegável a existência de *Processos estruturais* ostensivamente realizados no Brasil. Arenhardt cita como caso emblemático a ACP do Carvão⁴, sobre a tutela do meio ambiente a partir da intervenção da mineração ocorrida em Criciúma/SC, cuja demanda inicial remonta ao ano de 1993.⁵

Processos estruturais são instrumentos específicos de tutela de direitos, de forma factível, que buscam resolver problemas já integrados na estrutura organizacional da instituição. Representam uma peculiar autorização de elasticidade ou plasticidade dos procedimentos já previstos, adaptando-os, de modo a permitir a adequada tutela do *litígio estrutural* posto.⁶

Para Vitorelli *Processos estruturais* são processos coletivos nos quais se pretendem, “pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”⁷. São, portanto, cíclicos e autorreferenciais. O *litígio estrutural* é um litígio coletivo diretamente relacionado ao modo (equivóco) que uma estrutura burocrática (em regra, de natureza pública) funciona.⁸

A lógica do processo estrutural pauta-se na superação do modelo binário de solução de conflitos para internalizar uma nova proposta de resolução a partir de um feixe de perspectivas, complexamente estruturado, pensado de forma policêntrica.⁹ Ou seja, litígios ou *problemas estruturais* detêm complexidade, multipolariedade ou policulturalidade, institucionalidade e prospectividade.

2 “In this context, there is a growing global consensus on the structural injunction—a remedy that enables judges to monitor and bring about governmental compliance with judicial orders of social rights litigation” (NAZNIN, S. M. Atia; ALAM, Shawkat. Judicial Remedies for Forced Slum Evictions in Bangladesh: An Analysis of the Structural Injunction. *Asian Journal of Law and Society*. v. 6. i. 1. p. 99-129 (may 2019).

3 JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 815-834.

4 ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. *Revista de Processo Comparado*. v. 2. p. 211-229, jul./dez. 2015.

5 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 41-48.

6 *Ibid.*, p. 13-18.

7 VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 64-65.

8 *Ibid.*, p. 56.

9 FISS, Owen. To Make the Constitution a Living Truth. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 31-56.

Problemas complexos não são necessariamente problemas de difícil solução. A complexidade do processo estrutural não é probatória ou procedimental. A complexidade advém da noção de sistemas complexos, definidos por reação, diretamente relacionada à previsibilidade de comportamentos¹⁰, emergência¹¹ e estruturas auto-organizadas¹².

A multipolaridade dos *litígios estruturais* expressa-se pela existência de interesses de vários sujeitos processuais, tipicamente próprios, não podendo ser aglutinados em apenas dois polos, conquanto a solução esperada possa ser uniforme para diversos deles.¹³ O caráter policêntrico o afasta do esquema processual tradicional, aproximando-o de uma teia de aranha, cuja tensão dos fios determina a relação entre todas as partes da teia (ou, por ela é determinada, em caráter simbiótico). Problemas policêntricos são problemas globais da sociedade, pouco passíveis de solução exclusivamente administrativa ou governamental, nada obstante possam ser.¹⁴

O caráter institucional do *litígio estrutural* está justamente contido na sua conceituação. O conflito coletivo advém do mau funcionamento da estrutura orgânica institucional, seja pública ou privada. O *litígio estrutural* exige, portanto, a recomposição institucional, não necessariamente formal, visível ou no mesmo nível.

Por fim, a prospectividade está diretamente ligada à recomposição da estrutura institucional que gera o litígio. O processo estrutural importa-se com o futuro e com a mitigação de novos conflitos gerados pela reiteração dos problemas decorrentes da instituição. Malgrado haja eventual correção pontual da instituição, a decisão estrutural deve poder suportar a retificação de vícios e problemas institucionais que ainda poderão ser gerados, para frente. Portanto, a prospectividade da recomposição é sempre voltada para frente, de forma gradual, progressiva, justa e adequada.¹⁵

A prospectividade do *litígio estrutural* também está relacionada com a atual feição do Estado Constitucional de Direito.¹⁶ A maior incidência da efetivação de direitos por meio de políticas públicas (i.e. CF/88, art. 6º; 196; 202) exige a adaptabilidade futura dessas políticas estruturadas em planos de ação. Ou seja, o próprio desenvolvimento da sociedade, no tempo e no espaço, exige a adaptação das políticas públicas e tenciona a possibilidade de criação de litígios estruturais caso o Estado não possua um instrumento de revisão e retroalimentação administrativamente fixado.

10 O que define o atributo simples, em oposição ao atributo complexo do litígio ou problema (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 63).

11 Ainda que se possam prever ou imaginar o comportamento singular de um dos elementos do sistema (v.g., que certa pessoa votará em determinado candidato), não é possível antecipar as consequências macroscópicas dessa intervenção, de sorte que eventuais respostas não podem ser oferecidas aprioristicamente (*Ibid.*, p. 64).

12 Finalmente, os sistemas complexos acabam por formar uma estrutura auto-organizada, de modo que, mesmo diante de alguma modificação, eles tendem a se organizar de forma espontânea, rearranjando a estrutura de modo a manter a estabilidade do sistema como um todo (*Ibid.*, p. 62).

13 *Ibid.*, p. 73.

14 VITTORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 61.

15 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 86.

16 *Ibid.*, p. 89-91.

Litígios estruturais exigem *legitimação adequada*, conceito diferente de *representação adequada*. Esta decorre do mandato conferido pelo grupo ou subgrupo titular do direito material a um interlocutor que os representará no procedimento, veiculando e tutelando os interesses do grupo. Aquela decorre do ordenamento jurídico e possui nítido conteúdo processual¹⁷, desvinculada do caráter subjetivo da representação. Essa dicotomia, contudo, pode gerar confusões na atuação dos legitimados, gerando um verdadeiro processo descolado da realidade.¹⁸

A *legitimação adequada* diz respeito à escolha correta dos legitimados à atuação processual (*qualified claimant*) e à formação da solução jurisdicional ao litígio estrutural.¹⁹

A grande dúvida envolvendo a atuação da Advocacia Pública em *Processos estruturais* é saber se sua atuação dá-se estritamente vinculada ao caráter subjetivo da tutela perseguida ou se vai além; decorrendo da macroautorização do manejo de tutelas processuais coletivas (LACP, art. 5º) e do dever de tutela de direitos coletivos sob a perspectiva estatal.

A legitimação adequada não afasta a oitiva do representante adequado, ou seja, do responsável pelo espaço de participação e fala dos grupos afetados e destinatários da norma jurídica. A fala e a participação de legitimados adequados também não reduz o dever de oitiva efetiva e substancial (tomada de posição quanto aos lugares discursivos exercidos) dos representantes dos grupos afetados.

A proposta defendida nesse trabalho condiciona a atuação da Advocacia Pública à gênese e à forma do procedimento de solução do litígio estrutural, podendo-se conceber ora a atuação como *legitimado adequado*, ora como *representante* do órgão público afetado.

3 O QUE É “TOWN MEETING”?

A implementação de medidas estruturais, sejam elas concebidas no bojo de processos judiciais, procedimentos extrajudiciais ou acordos entre legitimados adequados, é o tema mais sensível relacionado aos Processos estruturais. Solver um problema estrutural não é proferir uma decisão²⁰ ou apresentar uma diretriz de cumprimento: vai além da imposição de um *dever ser*, ponderando-se uma série de impactos sobre grupos e subgrupos direta e indiretamente afetados pela decisão,

17 FONSECA, Bruno Gomes Borges da; ZANETI JR., Hermes; SCHMIDT, Rafaella. Algumas reflexões sobre legitimação adequada e a representação adequada na celebração do compromisso de ajustamento de conduta a partir do desastre do Rio Doce. *Revista de Processo – RePro*, v. 324, p. 267-300, fev. 2022.

18 ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 1071-1096.

19 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: Processo coletivo*. 14. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 128.

20 A decisão estrutural não se apresenta como uma decisão comum proferida em um processo de conhecimento. Ela mais se assemelha a uma decisão declaratória, que reconhece ou não um estado de inconformidade ou de pendência de litigiosidade, exigindo-se revisão e complemento de ações. Há, portanto, na decisão estrutural uma abertura metodológica para sua prolação (VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 397-398; 425-428). [...] “Ao adotar uma decisão estrutural, o juiz não se limita a analisar fatos passados e determinar a sua modificação no presente. Ele projeta para o futuro sua própria visão de como a instituição destinatária da ordem deve se organizar e se comportar. Em outras palavras, a atividade do juiz se torna mais parecida com a do legislador, que analisa o passado para moldar o futuro, não com o perfil clássico da jurisdição, que analise o passado para apenas remediá-lo (*Ibid.*, p. 404).

assim como a necessidade de se proferir ajustes;²¹ reclama, portanto, um plano de ação multifatorial.

É porque litígios estruturais são habitualmente de difícil solução e porque o apego emocional dos participantes do processo jurisdicional comum cria zonas de indiferença,²² gerando vieses cognitivos de toda sorte, que o uso de técnicas próprias de implementação de *Processos estruturais* foi concebido.

As preocupações desdobram-se sobre três pontos de reflexão quanto à heurística processual: *disponibilidade, representatividade e ancoragem-ajustamento*.

Sob o prisma da *disponibilidade*, haveria uma propensão acentuada do acolhimento de pretensões judicialmente deduzidas pautadas em relatos dramáticos ou pedidos relacionados ao mínimo existencial das pessoas. Esse é o caso dos pedidos de medicamentos, acesso às creches etc. A avaliação monocular individual é insuficiente para compreender o efeito reflexo que a tomada de decisão atomizada pode causar no problema globalmente concebido.²³ A *disponibilidade* está diretamente relacionada com a memória e o efeito reflexo de eventos recentes, que tenham causado emoções ou furor nos partícipes, virem a reproduzir o mesmo sentimento no momento da atuação processual, atuando inconscientemente na tomada de decisão em favor ou contra determinada pretensão.

A *representatividade* é um problema de cognição. O dever de enquadramento de elementos em categorias traz consigo o problema do “caixa-encaixa”. Pessoas adotam características atribuídas aos elementos sem percebê-los e o fazem de forma automatizada. A reiteração dos movimentos leva à ruptura do viés crítico sobre a adoção daquela ação processual. Características raras acabam, portanto, sendo supervalorizadas porque destoam do método automatizado e acrítico de solução dos problemas. Por outro lado, características comuns são, por vezes, desconsideradas na propriedade e abrangência que possam ter.²⁴

Ela aproxima-se da *legitimação adequada* dos membros que atuam nos processos. A ruptura ocasionada pelo viés cognitivo da *representatividade* leva a má-formação de atores processuais, ao se apontar como similares certas condições subjetivas repetitivas que, a despeito da reiteração, deveriam ser diversamente consideradas, já que identidade não se confunde com semelhança. Por outro lado, condições subjetivas aparentemente distintas são desprezadas e não relacionadas, afetando-se a participação processual, conquanto o sejam de forma particular.²⁵

O viés da confirmação relaciona-se com a terceira heurística processual: a *ancoragem-ajustamento*. Estudos comportamentais demonstram que há forte tendência

21 *Ibid.*, p. 397-398.

22 [...] Heurísticas são estratégias inconscientes que as pessoas frequentemente usam para conhecer uma situação e tomar decisões. São uma espécie de atalho mental, que viabiliza a redução da complexidade do mundo, para permitir que a decisão enfoque um número menor de variáveis. Em certo sentido, pode-se dizer que o processo é, em si, uma forma de heurística. Seria impossível decidir qualquer caso se fosse necessário levar em conta todos os detalhes que contribuíram para sua ocorrência. Ao separar fatos juridicamente relevantes ou irrelevantes, o ordenamento jurídico realiza um processo heurístico (*Ibid.*, p. 400).

23 *Ibid.*, p. 401-402.

24 *Ibid.*, p. 402-403.

25 *Ibid.*, p. 402-403.

das pessoas, na tomada de ação (inclusive decisória), a procurar, perceber e interpretar informações confirmando-se suas próprias preconcepções subjetivas. Conquanto a amostra possa não ser adequada, a estruturação de novas ações tende a aproximar-se qualitativa e quantitativamente do ponto de ancoragem anteriormente estabelecido.²⁶

O *Town Meeting* insere-se nesse recorte. Apresenta-se como um instrumento processual para se reduzir os potenciais vieses cognitivos da tomada de decisões proferidas em *Processos estruturais*. Não obstante, há doutrina estrangeira²⁷ discutindo o uso desses instrumentos também em outros processos, a exemplo do *public law litigation*. Podem também ser utilizados como importantes ferramentas para garantir legitimidade às ações jurisdicionalmente tomadas no bojo de demandas coletivas, motivando a preferida interconexão.²⁸

Town Meeting pode ser entendido como *comunidade de comunicação*, uma reunião de vizinhos sobre assuntos de importância do grupo,²⁹ típico instrumento de um processo estrutural cujo diálogo e o contraditório, dos representantes adequados e dos legitimados adequados, deve ser alargado, sob uma nova compreensão.³⁰ Nele há uma atuação engajada das partes que carregam o ônus de fomentar o diálogo entre os atores processuais e os representantes dos grupos afetados, assim como do juiz, com o dever de se colocar mais próximo de todos, permitindo que sejam ouvidas as posições de cada um, inclusive quanto às soluções propostas para solucionar o litígio.³¹

No instrumento processual do *town meeting*, abre-se um palco de negociações e debates prospectivos, procurando estabelecer uma razoável regulação do processo. No entanto, instrumentos de construção dialógica e democrática da decisão, a exem-

26 *Ibid.*, p. 403.

27 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, may 1976.

28 Embora haja perceptíveis semelhanças entre um processo de interesse público e um processo estrutural, existem três marcantes diferenças. Primeiramente, um processo de interesse público não implica, necessariamente, reestruturação de uma organização. Ele visa à implementação de um direito, já garantido, mas não efetivado. Pode ser que a estrutura estatal esteja suficientemente aparelhada para tanto, mas não o tenha realizado em decorrência de um "ponto cego" ou de uma "carga de inércia" da administração. Nessa situação, o reforço de legalidade judicial é suficiente para solucionar o problema [...]. Em segundo lugar, é possível que processos de interesse público sejam conduzidos por outras vias, diferentes do processo coletivo, o que não acontece com o processo estrutural. A reestruturação de uma instituição demanda a alteração concreta do comportamento de vários segmentos de agentes públicos ou privados, o que exige que ela se desenvolva em um processo coletivo. Isso não se verifica nos processos de interesse público. Litígios de interesse público podem ser resolvidos na via do processo individual, mediante criação de um precedente obrigatório, na via do controle abstrato de constitucionalidade ou por intermédio de processos coletivos, estruturais ou não. Assim, enquanto todo processo estrutural é um processo coletivo, qualquer processo pode ser de interesse público, desde que se busque, por seu intermédio, a implementação de direitos que estão sob responsabilidade do Estado, não apenas para as partes, mas para todos os indivíduos que integram a sociedade. [...] A terceira característica que distingue os processos de interesse público dos processos estruturais é que os primeiros se voltam apenas contra o Estado, enquanto estes, conforme já demonstrado, podem enfatizar também entes privados (VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, p. 147-177, jan./jun. 2018).

29 NERY, Ana Luiza; BERESTINAS, Márcio Florestan. Da possibilidade de resolução extrajudicial de litígios estruturais por meio da celebração e do cumprimento de compromisso de ajustamento de conduta estrutural. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, v. 112, p. 17-51, abr./jun. 2022.

30 FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, p. 211-246, jan./jun. 2018.

31 DAVID, Fernanda Rocha. A incorporação de técnicas processuais diferenciadas da Lei 11.101/2005 aos processos estruturais. *Revista de Processo – RePro*, v. 328, p. 253-283, jun. 2022.

plo da *comunidade de comunicação*, podem representar um incremento da dificuldade em solver o problema.³²

Decorrem da exigência de maior legitimidade (inclusive democrática) a ser atribuída à decisão estrutural. Vitorelli elenca cinco peculiares características dessa decisão (conhecimento aprofundado da questão; interação dialógica na construção da decisão; expectativas temporais realistas adequadamente internalizadas; compreensão dos limites da implementação da decisão estrutural; consciência ativa sobre os potenciais vieses cognitivos)³³ que, sem as quais, não se poderia adjetivar o *decisum* a ser proferido.

Historicamente, um conceito de *Town Meeting* foi cunhado por Stephen Yeazell.³⁴ Ele representa um modelo de construção dialógica da decisão estrutural para além dos limites do processo; nos confins da sociedade e do mundo real. Ela rompe a verdade formal da lide clássica. Na proposta, há protagonismo da magistratura, não obstante, a concepção que pode ser extraída do modelo é de que caberá ao interlocutor da proposição (*special master*) da solução do conflito estrutural liderar o procedimento ou, ao revés, um membro eleito pelo colegiado do *Town Meeting* realizar essa titularização da solução.

Cumpra ao gestor, portanto, conduzir o *Town Meeting* em três grandes etapas. A primeira, relacionada à delimitação do litígio estrutural, descobrindo-o. A segunda, na definição das soluções, em cascata, a serem adotadas, bem como a metodologia de mapeamento de riscos da proposta, monitoramento e revisão (*compliance*) que será aplicada. Num terceiro momento, o *Town Meeting* deve ser utilizado como forma de apuração dos resultados obtidos na aplicação das decisões estruturais, na fase de implementação (cumprimento de sentença), fazendo-se um verdadeiro encontro de contas, calibrando o processo estrutural.

O *Town Meeting* não se confunde com a audiência jurisdicional, enquanto ato procedimental.³⁵ Tampouco é uma espécie de audiência pública para puro registro e inscrição dos interessados.

Neste modelo de *comunidade de comunicação* há um diálogo ampliado com a sociedade impactada, nos moldes do que ocorre no processo legislativo.³⁶ Realizam-se audiências e eventos públicos para coletar diretamente a informação dos interessados, em número tanto quanto possível. Nos eventos busca-se estabelecer os contornos da situação fática em controvérsia, registrando-se pedidos, satisfações e insatisfações, soluções pretendidas, falhas nas propostas, possíveis remodelagens etc.

32 "What difficulty would have been encountered in attempting to effect an equal division of the paintings within the usual adjudicative frame? The difficulty lies in the fact that meaningful participation by the litigants through proofs and arguments would become virtually impossible. There is no single solution, or simple set of solutions, toward which the parties meeting in open court could address themselves. If an optimum solution had to be reached through adjudicative procedures, the court would have had to set forth an almost endless series of possible divisions and direct the parties to deal with each in turn" (FULLER, Lon L. Collective Bargaining and the arbitrator. *Wisconsin Law Review*, n. 1, p. 3-46, Jan. 1963).

33 VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 412-424.

34 YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of Litigation: A commentary on the Los Angeles School Case. *UCLA Law Review*, v. 25, i. 2, p. 244-260, Dec. 1977.

35 *Ibid.*, p. 259-260.

36 VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 418-419.

A participação alargada de interlocutores permite também a constante reanálise das propostas, especialmente porque litígios estruturais são naturalmente mutáveis.

Apesar da abertura probatória que possa caracterizar o *town meeting*, ela mais se assemelha a um procedimento de consulta pública, tomando-se necessariamente posição e sugestão de todos os grupos potencialmente atingidos, que não necessariamente se esgota na sessão de abertura de fala e de debates dos interessados. Ela compreende um plexo de procedimentos que buscam permitir essa participação dialógica e a interação de diversos pontos de vista sobre o conflito estrutural em debate, sendo recomendável a utilização de instrumentos digitais de participação e tomada de posição, inclusive por meio de questionários em formatos de formulários padronizados.

Na prática estadunidense, as experiências de Vermont, Massachusetts e Connecticut e a clássica experiência de Los Angeles³⁷ são ricas na demonstração da potencialidade de êxito da democracia direta, em que moradores se reúnem com vistas a deliberar sobre questões de ordem financeira e urbanística.³⁸

Um dos aspectos importantes do uso do *Town Meeting* é o incremento do contraditório dialógico como forma de combate aos vieses cognitivos (*debiasing technique*) potencialmente existentes.³⁹ Ele evita vieses pautados em problemas de disponibilidade.

Do ponto de vista da representatividade, o *Town Meeting* contribui para o afastamento de vieses cognitivos à medida em que representa uma ferramenta de vili-gância constante, promovendo de forma ativa o incremento de condições de justiça, inerentes à solução global das ações coletivas, justamente pelo problema da escolha dos participantes e dos eventuais reflexos negativos que as decisões possam vir a causar em determinados grupos.

Por fim, ele representa um combate ao problema do bloco cognitivo (“caixa-encaixa”) ao permitir a atuação proativa dos atores processuais, sobretudo da magistratura. Os participantes tomam um papel de administradores do conflito estrutural. Esse é o ponto de conexão do problema proposto: qual é a (res)significação⁴⁰ do papel da Advocacia Pública nos *Processos estruturais* por meio da utilização da técnica do *town meeting*?

37 Crawford v. Board of Education, 1976 (YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of Litigation: A commentary on the Los Angeles School Case. *UCLA Law Review*, v. 25, i. 2, p. 244-260, Dec. 1977; STURM, Susan. A normative theory of Public Law Remedies. *The Georgetown Law Journal*, v. 79, p. 1.355-1.446, 1991).

38 AVIZÚ, Cristiane; SILVA, Maurício Jayme e. Democracia e Advocacy. *Revista de direito Constitucional e Internacional*, v. 68, p. 287-306, jul./set. 2009.

39 A conclusão advém do uso do *hindsight bias*, isso é, técnica de considerar a situação contrária e induzir a escolha adversa como escolha adequada ou possível, estudada por G. Gigerenzer e U. Hoffrage. A prévia e efetiva oitiva do contraponto da solução do problema influenciou de forma sensível os resultados na tomada de decisão: promoveu alteração de cerca de 15% do resultado da amostra anteriormente apurada (VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 405-406).

40 Essa (res)significação proposta busca afastar-se da pretensão mais cômoda de solver, de forma minimalista, demandas estruturais, por meio do que Vitorelli chamou de “soluções a conta-gotas”. O autor cita um habitual movimento de política judiciária norteamericana, o então “to clean the docket” para justificar que a opção na participação e na forma de atuação em instrumentos de implementação de decisões estruturais impõem um aculturamento dos operadores do direito, sobretudo dos magistrados, na mudança da forma de solver os conflitos. Nem sempre decisões coletivas sub-ótimas são necessárias ou interessantes sob o prisma da adequada tutela da coletividade (*Ibid.*, p. 411).

Evidentemente, essa nova roupagem atribuída à função processual das Procuradorias pode não ser agradável e, raras vezes, é simples: por outro lado, é necessária para se permitir a solução definitiva do problema estrutural, justamente porque conduz os partícipes à compreensão, à internalização e à tomada de posição quanto às dificuldades da estrutura administrativa estatal e, por conseguinte, da realidade experimentada pelos gestores públicos.

O tema revela o antigo debate entre a eficácia da prestação da atividade jurisdicional (estatal) em processos que discutam litígios estruturais e a efetividade, senão satisfatividade, da prestação jurisdicional, sob o viés da primazia do julgamento do mérito processual estruturada no art. 4^o⁴¹ do Novo Código de Processo Civil.

4 ADVOCACIA PÚBLICA, (RE)SIGNIFICAÇÃO ESTRUTURAL E INCENTIVOS PROCESSUAIS

“A vida não se desenrolará no seio de um processo”.⁴² Tão certa quanto a afirmação de Vitorelli é a de que a solução de problemas estruturais (senão coletivos em uma sociedade líquida e complexa) exige nova apresentação e atuação processual por parte dos legitimados.

Considerando-se a forte aproximação de litígios estruturais aos órgãos governamentais, é típica a participação da Advocacia Pública na arena processual estrutural. Advogados públicos, portanto, (re)presentam sensivelmente o Estado e são peças-chaves para solver problemas levados ao plano jurisdicional estatal. Mas não apenas isso, a potencialidade de solução de litígios estruturais pela via extrajudicial é não apenas possível, mas recomendável, conquanto doutrinariamente sustente-se a tese de que a *complexidade* do litígio estrutural advém justamente da sua incapacidade de ser solucionada extraprocessualmente.

Essa complexidade das estruturas processuais estatais e a amálgama da cultura clássica e conservadora do processo judicial impedem, não raras vezes, a construção dialógica da solução de lides complexas e policêntricas. Apesar da vida não se desenvolver nos processos judiciais, quando neles é discutida deve ser pensada, debatida e “desenrolada” sob uma perspectiva meritória e material.

Essa breve introdução é pertinente para apontar que a participação da Advocacia Pública na solução de litígios estruturais, sejam eles tipicamente processuais estatais, sejam analisados por métodos alternativos de solução de controvérsias (MASC), deve se dar sob uma perspectiva de nova cultura jurídica da consensualidade⁴³ (inclusive no Direito Administrativo)⁴⁴ e, também, sob um viés da negação da *excesso*

41 Art. 4^o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

42 VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 411.

43 NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.13, n. 3, p. 1.541-1.563, out./dez. 2018; GOULART, Juliana Ribeiro; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart. A virada consensual na solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública Democrática no Brasil e suas implicações no regime jurídico administrativo: A conjugação entre publicidade e confidencialidade na mediação de conflitos. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUZA, Thanderson Pereira de. *Direito Administrativo em Transformação*, Florianópolis: Editora Habitus, 2020. p. 26-43.

formalista-procedimental ou, em outras palavras, evitando-se atrair a lógica da *jurisprudência ofensiva*⁴⁵ como óbice ao debate e à solução desses problemas.

Essa nova cultura jurídica exige a internalização de três duras realidades, citadas por Vitorelli ao discorrer sobre a forma de implementação de decisões estruturais:

[...] a primeira, de que os juízes emitem mais juízos de índole legislativa do que gostariam de admitir e do que a teoria da separação de poderes gostaria de permitir. A segunda, de que todos os valores constitucionais estão concretamente sujeitos a limitações e, por mais que retoricamente sejam reputados importantes, os juízes estão dispostos a admitir resultados que contradizem seu próprio discurso. A terceira, de que, por mais desconfortáveis que as duas constatações pareçam, não há outra forma de agir quando as circunstâncias fáticas se impõem. A reforma estrutural mostra que os absolutos precisam ser “equiparados com limites elásticos”, ou serão simplesmente inexequíveis.⁴⁶

Para a solução de conflitos estruturais é mais importante a contextualização das questões fáticas e a tomada de diferentes pontos de vista sobre a forma de afetação da proposta de enfrentamento do problema, por diferentes interlocutores, do que a aplicação sumarizada de *standards decisórios*.⁴⁷ Sturm defende, inclusive, que o uso de *precedentes obrigatórios* é uma atividade tipicamente relagada aos processos de interesse público, e não propriamente aos litígios estruturais.⁴⁸

A participação da Advocacia Pública insere-se numa fase pré-processual,⁴⁹ de negociação⁵⁰ das técnicas de implementação da decisão estrutural, legitimando as

44 A consensualidade no Direito Administrativo representa uma nova posição técnica e sociológica. Abandona-se a posição privilegiada da Administração Pública para torná-la mais próxima do cidadão, de forma mais dialogada. Repensa-se o conjunto vasto de prerrogativas, a exemplo da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e da posição contratual verticalizada para se buscar a solução conjunta dos problemas perante o cidadão e a sociedade (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 241-245).

45 Aquilo que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”, a nosso ver, é, na verdade, *jurisprudência ofensiva*: ofende o princípio da legalidade; ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação. Enfim, ofende o bom senso, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensiva ao exercício da advocacia, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. **Revista de Processo – RePro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 40, n. 250, p. 265-286, dez. 2015).

46 VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 416.

47 Apesar do caráter colaborativo, dialógico e prospectivo da aplicação de precedentes obrigatórios (CPC/15, art. 6º; art. 926), a incidência de decisões-padrão (standards decisórios) a partir da aplicação das disposições do art. 927 do Código de Processo Civil é alvo de intensos debates doutrinárias. Há quem diga que *precedentes obrigatórios* devem ser pensados como formas de engessamento do direito, caso inexistentes gaps hábeis ao desenvolvimento desses percursos argumentativos preestabelecidos. Por outro lado, uma visão mais garantista e plural compreende os precedentes obrigatórios como uma forma de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, sem transformá-lo em um modelo consuetudinário (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito. **Revista de Processo – RePro**, v. 232, p. 307-324, jun. 2014). De toda forma, a compreensão exposta quanto a inaplicabilidade de precedentes obrigatórios em processos estruturais não diz respeito à sua não incidência (impossível de ser afastada por força do comando normativo expresso no próprio CPC; art. 489, §1º, V e VI), mas está relacionada ao uso de precedentes obrigatórios como filtro processual ou óbice ao conhecimento e enfrentamento do mérito casuístico dos processos.

48 STURM, Susan. A normative theory of Public Law Remedies. **The Georgetown Law Journal**, v. 79, p. 1.355-1.446, 1991.

49 “The scope of the lawsuit is not exogenously given but is shaped primarily by the court and parties” (CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1.302, May 1976) E, ainda: VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019. p. 101-102.

50 “Nota-se, inclusive, que determinadas soluções convencionadas podem servir de modo muito mais eficiente para a solução da crise jurídica existente de direitos ditos ‘indisponíveis’, acabando por reforçar sua proteção. [...] Portanto, a

opções firmadas, assim como na típica fase processual, por meio da aplicação das disposições do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, especialmente do art. 20⁵¹ e do art. 22, *caput* e §1º,⁵² assim como na reafirmação do caráter consequencialista⁵³ do processo estrutural.

Sob a perspectiva abordada no tópico anterior, a participação da Advocacia Pública nos *Processos estruturais*, notadamente nos procedimentos de abertura dialógica do processo (*Town Meetings*), poderia se dar como líder ou responsável-geral (*special master*) do processo, dado que o conflito é pertinente à correção dos órgãos estatais representados pela atuação da Procuradoria ou, como comumente é observado nos casos práticos, pela interação processual, na qualidade de *legitimado adequado*, com o magistrado que titulariza o feito e lidera os trabalhos executados.

Nessa primeira solução, como gestor do processo estrutural, o representante da Advocacia Pública deveria possuir formação específica e experiência em litígios pollicêntricos, auxiliando o juízo e as demais partes na primeira fase do processo, com vistas à definição do problema estrutural, assim como na segunda fase, buscando implementar concretamente as medidas para a reestruturação almejada.⁵⁴

Apesar de altamente criticável o papel a ser exercido pela Advocacia Pública na primeira hipótese, dada sua aproximação à figura do *custos juris* exercida pelo Ministério Público, a depender da exteriorização dessa atuação a Procuradoria exercerá ações diferentes, interagindo de forma igualmente diversa no processo.

Focando-se na segunda hipótese, no papel da Advocacia Pública como legitimada adequada do órgão relacionado ao conflito estrutural, a atuação deverá perseguir a coleta interna de informações junto aos órgãos públicos e aos gestores, depurando-as a partir da visão jurídica e da orientação técnica a ser prestada, veiculando-as no espaço de discussão colaborativa processual. O objetivo desse procedimento de oitiva, coleta, documentação e comunicação está no âmago da garantia da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no âmbito do processo estrutural.

despeito da controvérsia que recai sobre a indagação do que se está a dispor (conceito de disponibilidade), se apenas sobre o tempo e modo de cumprimento, ou se ao próprio direito como um todo, pode-se afirmar que a indisponibilidade do direito material não acarreta, por si só, a impossibilidade de celebração do negócio processual e que, desta forma, 'é admissível a celebração de convenção processual coletiva'" (RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 792-794).

51 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

52 Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. [...].

53 "A rigor o processo estrutural já é consequencialista, porque pretende, por intermédio da elaboração de um plano, reformar o comportamento futuro da instituição. As decisões relacionadas ao plano são elaboradas, portanto, à luz de suas consequências práticas. Se as partes alegarem que alguma dessas consequências podem ser negativas para o objetivo estrutural que se pretende realizar, é dever do juiz avaliar essas consequências em suas decisões" (VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 425).

54 A figura do *special master* tem sido aproximada do administrador judicial da legislação falimentar (Lei Federal n. 11.101/2005, art. 22), inclusive quanto ao dever de fiscalização das atividades por parte do magistrado e quanto ao papel procedimental a ele relegado (DAVID, Fernanda Rocha. A incorporação de técnicas processuais diferenciadas da Lei 11.101/2005 aos processos estruturais. *Revista de Processo – RePro*, v. 328, p. 253-283, jun. 2022).

Dito de outra forma, cabe à Advocacia Pública ser a catalizadora do *discovery*⁵⁵ necessariamente conduzido no âmbito dos *Processos estruturais* por meio de *Town Meetings*. O *discovery*, com viés probatório efetivado no curso do feito, dá o caráter concreto da(s) decisão(ões) estrutural(is) proferida(s), focando nas consequências práticas obtidas a partir da implementação do *decisum*, não se limitando apenas à apuração das consequências desejadas.

Além desse papel central, a atuação da Advocacia Pública deve se pautar pela lógica da máxima tutela do Estado (*lato sensu*). A atuação deve buscar incentivos (*nudges*), apurando-se as consequências a serem obtidas (ou já perfectibilizadas) com a proposta estruturante, comparando-as com os benefícios outorgados sob três aspectos diferentes: a) benefícios à estrutura pública estatal; b) benefícios à coletividade, como fundamento primeiro da própria existência do Estado; c) benefícios processuais na manutenção da decisão estrutural da forma como proposta.

A lógica da máxima tutela estatal deve levar em conta não apenas a satisfatoriedade da pacificação do conflito estrutural. Isso é, a Advocacia Pública não deve perseguir uma atuação no âmbito estrutural pautada num critério puramente binário-quantitativo (correto-incorreto): a avaliação deve ser qualitativa, quanto aos benefícios da proposta de alteração da estrutura conflituosa, devidamente debatidos, discutidos e avaliados junto ao órgão administrativo promotor das modificações.

Essa atuação focando na máxima tutela estatal deve se dar, também, de forma agregada. Partindo-se do pressuposto que o processo estrutural não busca, como solução terminativa, a prolação de apenas uma única decisão final, substitutiva das anteriormente prolatadas, mas um feixe de decisões que se acumulam e se aperfeiçoam no tempo, a Advocacia Pública deve buscar conjugar as propostas estruturantes a serem somadas nas decisões coletivamente construídas de maneira agregada.

O caráter gregário deve buscar considerar o total das consequências geradas por força do processo estrutural, em suas diferentes fases, do ponto de vista do saldo das consequências positivas ou negativas. Isso porque delimitar o litígio, exteriorizá-lo e debatê-lo publicamente também possui carga cominatória, dando força ao debate público e ao impulso político na tomada de decisão para solucionar os problemas.

Por isso, o papel da Advocacia Pública deve ser exercido continuamente, de forma agregadora e protraída no tempo, sugerindo-se a estruturação de órgãos específicos com atribuição em Processos estruturais, grupos de trabalho para atuação conjugada ou, ainda, uma espécie de *prevenção administrativa* na atuação do advogado público, evitando-se o parcelamento de posições processuais por diferentes órgãos de execução que possam, por si e cada qual, ter visões diferentes.

⁵⁵ É de destacar que a escuta de representantes desses grupos e subgrupos auxiliará na descoberta das causas do problema estrutural e permitirá averiguar de que forma cada um deles está sendo atingido qualitativa e quantitativamente. [...] Após o amplo diagnóstico do problema estrutural, as diligências acima indicadas deverão ser desenvolvidas para descobrir as possíveis soluções para o problema estrutural. Em seguida, poderão ser eleitas, dentre elas, as que reunirem os melhores predicados para assegurar o maior ganho social possível, em termos de melhora do funcionamento da instituição que se pretende modificar (NERY, Ana Luiza; BEREZINAS, Márcio Florestan. Da possibilidade de resolução extrajudicial de litígios estruturais por meio da celebração e do cumprimento de compromisso de ajustamento de conduta estrutural. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, v. 112, p. 17-51, abr./jun. 2022).

A atuação também deve levar em conta a avaliação equitativa (não igualitária) das consequências geradas, viabilizando-se a adequada tutela processual em sentido contrário (sob um critério de *performance* da atuação). Dado o fato de que as decisões estruturais determinam um número incerto de ações concatenadas no tempo e no espaço para a correção do conflito estrutural, é comum que os impactos das decisões não sejam uniformes, tanto para as partes, quanto para as estruturas administrativas estatais.

A atuação da Advocacia Pública deve procurar avaliar a capacidade administrativa interna da absorção dessas obrigações, buscando canalizá-las às estruturas administrativas corretas desde a fixação da decisão estrutural, no curso do processo. Deve, também, apurar se há eventual desproporção na imputação de responsabilidades a atores ou agentes públicos estatais em detrimento de outros órgãos estatais componentes de pessoas jurídicas diversas ou de outros níveis federativos ou, ainda, de particulares igualmente responsáveis.

Por fim, o papel da Advocacia Pública na interação do procedimento dialógico, pautando-se na segunda premissa, a de representante processual legitimamente adequada, é o de minimizar perdas. É das Procuradorias o papel de tutelar, apurando-se internamente e levando-se ao debate dialógico estruturado no *town meeting*, se os benefícios gerados por meio da implementação das decisões estruturais refletirão em benefícios à sociedade em proporção adequada (sob um juízo de ponderação), comparativamente aos prejuízos gerados à estrutura estatal ou ainda de forma reflexa a mesma sociedade. A máxima do *Ótimo de Pareto* não vige nos *Processos estruturais*: não necessariamente um prejuízo a ser absorvido coletivamente pode gerar um benefício idêntico (e plausível) à estrutura estatal alvo do controle estrutural; e vice-versa.

A internalização dessas diferentes perspectivas de atuação da Advocacia Pública no procedimento de construção dialógica da decisão estrutural também deve levar em conta os próprios aspectos de elaboração do *decisum*, perpassando pelas macro e micro consequências das ações propostas, distribuição temporal das consequências previsíveis no curto, médio e longo prazo, além da maximização do bem-estar à luz das alternativas, a representatividade do grupo afetado, a distribuição social da repartição de consequências e a economicidade.

Uma maior participação da Advocacia Pública nos Processos estruturais, sobretudo no *town meeting*, também tende a mitigar os problemas das execuções de decisões estruturais.

Primeiro, para viabilizar o gasto de tempo e de recursos em questões centrais, evitando-se que aspectos periféricos bloqueiem o cumprimento das decisões.

Segundo, para minimizar etapas procedimentais, racionalizando o cumprimento da decisão imputando às pessoas e aos órgãos responsáveis (de forma nominativa) as obrigações, de modo a evitar o descompasso entre o que restou de fato determinado e a prática que será alterada (descompasso processual).

Num terceiro aspecto, deve evitar alterações superficiais nas estruturas com a adoção de *providências cosméticas* por parte dos gestores, na medida em que o con-

trole do cumprimento da decisão se dará do ponto de vista externo (processual) e também interno (administrativo), por meio da conformidade exercida pelos respectivos órgãos legitimados.

Por fim, para romper com a ideia de que decisões estruturais devem se submeter a um procedimento de execução ou fase de cumprimento de sentença, a atuação da Advocacia Pública deve melhor especificar as obrigações impostas, liquidando-as tanto quanto possível. Essa especificação evita incursionar o processo em uma liquidação estrutural, que traria extrema complexidade. Há uma linha tênue entre a maior especificação do cumprimento da decisão judicial que parte da doutrina sinaliza como não amplamente desejável, porque reduziria a amplitude do diálogo ao longo da liquidação,⁵⁶ e decisões excessivamente genéricas, que não apresentariam utilidade prática alguma, relegando-se à própria estrutura desconforme o dever de especificar o plano e monitorá-lo.

A expectativa de Processos estruturais é a constante interação, em retroalimentação, da fase cognitiva e da fase de execução,⁵⁷ aproximando-se sensivelmente do compliance aplicado aos processos.⁵⁸ A despeito disso, a atuação da Advocacia Pública deve perseguir esse estado adequado de especificação do objeto a ser cumprido (plano de solução estrutural), sem se descurar da vedação à restrição ao diálogo e ao amplo debate. Por isso, a estruturação das decisões em procedimentos de *town meeting*, garantindo-se a atuação do Procurador na melhor especificação da decisão a ser fixada, parece ser o papel esperado da Advocacia Pública para garantir maior efetividade e eficiência ao processo.

5 CONCLUSÕES

O presente trabalho propôs-se a investigar a participação da Advocacia Pública na solução de litígios estruturais, com especial enfoque ao *Town Meeting* e à construção dialógica da decisão estrutural.

O *Town Meeting* pode ser definido como uma *comunidade de comunicação*, um instrumento do exercício do contraditório alargado e de um espaço (arena processual) agregador. O ponto central do manejo de *Town Meetings* é a potencialidade dessa ferramenta ser uma forma de implemento e melhoria das estruturas e dos órgãos governamentais.

A partir dos diálogos doutrinários acima apresentados, pode-se dedutivamente sugerir o duplo papel que a Advocacia Pública pode exercer em *Processos estruturais*: tratando-se de lides administrativamente formadas, em procedimentos pró-

56 VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 432-433.

57 Por essa razão, também é recorrente e importante que a execução estrutural seja dividida em fases, de modo a viabilizar o gradual cumprimento das determinações judiciais e a avaliação de seus efeitos, não apenas da perspectiva do juiz e das partes, mas dos demais sujeitos impactados. A reavaliação dos resultados das etapas cumpridas permite o planejamento mais adequado das subsequentes, evitando custos desnecessários e efeitos colaterais indesejáveis. O mais salutar, aliás, é que esse compromisso dialógico venha desde a fase de conhecimento (VITORELLI, Edilson. *Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, p. 147-177, jan./jun. 2018).

58 LAMY, Eduardo de Avelar; SESTREM, Felipe Cidral. Compliance e processos estruturais: intersecções procedimentais para a maximização de políticas públicas. *Revista de Processo – RePro*, v. 327, p. 265-283, maio 2022.

prios conduzidas no âmbito extrajudicial (i.e., termos de ajustamento de conduta estrutural, procedimentos de autocomposição administrativa junto às Procuradorias) adota um papel ativo, titular da solução estrutural, agindo como gestora do conflito; por outro lado, tratando-se de *Processos estruturais* judiciais, a Advocacia Pública ostenta a posição de representante processual do *legitimado adequado*, urgindo-se a atuação proativa, nos termos delineados no tópico anterior.

Apesar de titularizar a posição processual do órgão institucional *sub judice*, defende-se a tese de que a Advocacia Pública em Processos estruturais deve primar pela máxima tutela estatal, com vistas à perfectibilização e aprimoramento de políticas públicas, garantido-se a máxima fruição de direitos fundamentais aos grupos e subgrupos afetados. Essa atuação prospectiva não se afasta do papel institucional a ser defendido pela Advocacia Pública, tampouco retira-lhe o status de parte no processo estrutural, conquanto seja marcado tipicamente pela objetivação do problema descoberto.

Há, portanto, uma ressignificação do papel de atuação da Advocacia Pública, focando-se na tutela do interesse público, em nítido caráter proativo. A dispositividade é rompida, exigindo-se a tomada de posição (político-jurídica) do representante processual. Pensar num processo estrutural efetivo vai além da obtenção de decisões estruturantes que determinem a aplicação de um plano de ação: está no âmago da adequada utilização de técnicas de *governança processual* e de *compliance em Processos estruturais*. A satisfatividade exige a solução do conflito, saneando-se o caráter prospectivo do litígio estrutural: deve pacificar futuros e potenciais problemas.

A satisfatividade do mérito em litígios estruturais (CPC, art. 4º) é, portanto, um dos mais duros papéis processuais do sistema brasileiro: a prevenção de litígios futuros e a antecipação tempestiva de ações por legitimados adequados.

Sustenta-se, derradeiramente, que os *Town Meetings* sejam procedimentos permanentes e habitualmente retomados, ao longo do tempo e do espaço, buscando não apenas garantir a prestação de contas (*accountability*) dos atos praticados, como também a prevenção geral de novas demandas estruturais, coletivas e individuais relacionadas ao caso.

Para o exercício desse papel permanente, a atuação da Advocacia Pública é inafastável. O caráter perene das estruturas e a proatividade reclamada nos *Processos estruturais* impõem esse dever de continuidade performática do monitoramento (garantindo-se a efetiva *recomposição institucional*, caso haja desajuste). A grande proximidade das instituições alvo do controle, por ser a Advocacia Pública um canal de enunciação dos acertos, dificuldades e erros apurados ao longo do percurso processual, também traduz essa imputação de responsabilidade a ela.

Conclui-se que a remodelação da cultura processual estrutural nas Advocacias Públicas é a catalizadora das decisões estruturais e a grande parte na solução dos problemas.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 1.071-1.096.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- AVIZÚ, Cristiane; SILVA, Maurício Jayme e. Democracia e Advocacy. **Revista de direito Constitucional e Internacional**, v. 68, p. 287-306, jul./set. 2009.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015.
- DAVID, Fernanda Rocha. A incorporação de técnicas processuais diferenciadas da Lei 11.101/2005 aos processos estruturais. **Revista de Processo – RePro**, v. 328, p. 253-283, jun. 2022.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo coletivo**. 14. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, p. 211-246, jan./jun. 2018.
- FISS, Owen. To Make the Constitution a Living Truth. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 31-56.
- FULLER, Lon L. Collective Bargaining and the arbitrator. **Wisconsin Law Review**, n. 1, p. 3-46, Jan. 1963.
- FONSECA, Bruno Gomes Borges da; ZANETI JR., Hermes; SCHIMIDT, Rafaella. Algumas reflexões sobre legitimação adequada e a representação adequada na celebração do compromisso de ajustamento de conduta a partir do desastre do Rio Doce. **Revista de Processo – RePro**, v. 324, p. 267-300, fev. 2022.
- GOULART, Juliana Ribeiro; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart. A virada consensual na solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública Democrática no Brasil e suas implicações no regime jurídico administrativo: A conjugação entre publicidade e confidencialidade na mediação de conflitos. *In*: CRISTÓVAM,

- José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUZA, Thanderson Pereira de. **Direito Administrativo em Transformação**. Florianópolis: Editora Habitus, 2020. p. 26-43.
- JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 815-834.
- LAMY, Eduardo de Avelar; SESTREM, Felipe Cidral. Compliance e processos estruturais: intersecções procedimentais para a maximização de políticas públicas. **Revista de Processo – RePro**, v. 327, p. 265-283, maio 2022.
- MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 40, n. 250, p. 265-286, dez. 2015.
- MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito. **Revista de Processo – RePro**, v. 232, p. 307-324, jun. 2014.
- NAZNIN, S. M. Atia; ALAM, Shawkat. Judicial Remedies for Forced Slum Evictions in Bangladesh: An Analysis of the Structural Injunction. **Asian Journal os Law and Society**, v. 6, i. 1, p. 99-129, May 2019.
- NERY, Ana Luiza; BERESTINAS, Márcio Florestan. Da possibilidade de resolução extrajudicial de litígios estruturais por meio da celebração e do cumprimento de compromisso de ajustamento de conduta estrutural. **Revista de Direito Privado**, RT, São Paulo, v. 112, p. 17-51, abr./jun. 2022.
- NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.13, n. 3, p. 1.541-1.563, out./dez. 2018..
- RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 779-814.
- STURM, Susan. A normative theory of Public Law Remedies. **The Georgetown Law Journal**, v. 79, p. 1.355-1.446, 1991.
- VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019.
- VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 7, p. 147-177, jan./jun. 2018.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of Litigation: A commentary on the Los Angeles School Case. **UCLA Law Review**, v. 25, i. 2, p. 244-260, Dec. 1977.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA ESTRUTURAL COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: o desastre ambiental na Lagoa da Conceição

Felipe Wildi Varela¹
Ricardo Stanzola Vieira¹

RESUMO

A ideia da qualidade de vida decorrente dos índices de produção e consumo é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos sociais. Dentre os diversos efeitos ou reflexos dessas ameaças, talvez o que seja mais sensível, hoje e para as futuras gerações, seja a questão relacionada à questão ambiental. No dia 25 de janeiro de 2021, a Estação de Tratamento de Esgoto da Lagoa da Conceição, na cidade de Florianópolis, rompeu-se causando inundação e o despejo de esgoto na laguna. Este incidente, classificado por parte de especialistas como um desastre ambiental, gerou grande repercussão e mobilização local, tendo, assim, alguns atores sociais ajuizado uma ação civil pública estrutural. Dentro desse contexto fático e jurídico, o presente artigo busca analisar, com base na Ecologia Política, a possível ampliação do acesso à Justiça para a proteção do *common*, por meio do processo estrutural. A pesquisa é baseada em fontes bibliográficas sobre o tema desenvolvido.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Ecologia Política; Comum; Processo Estrutural.

1 INTRODUÇÃO

No dia 25 de janeiro de 2021, após um período chuvoso na cidade de Florianópolis (SC), ocorreu o rompimento do talude de contenção da lagoa de evapoinfiltração da Estação de Tratamento de Esgoto – ETE da Lagoa da Conceição, ocasionando a inundação na comunidade local e o despejo de uma grande quantidade de matéria orgânica na laguna.

O incidente, classificado por parte de especialistas como o desastre na Lagoa da Conceição, ainda não teve quantificada e dimensionada a extensão dos danos ao ecossistema local. Entretanto, documentos e análises preliminares elaborados pelo projeto Ecoando Sustentabilidade, da Universidade Federal de Santa Catarina (BRASIL, 2021b), apontam para o registro feito por populares e associações locais que dão conta acerca do aparecimento de “água com formação de espuma, descoloração marrom e verde e o evento de mortalidade de peixes” e também do “processo de intensificação da eutrofização e ampliação das áreas de baixas concentrações de oxigênio para a região norte”.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. *Máster Universitario em Derecho Ambient al y de la Sostenibilidad* pela *Universidad de Alicante*, Espanha. Graduado em Direito pela UNIVALI. Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: varela@pge.sc.gov.br

² Pós Doutor pela Université de Limoges, UL, França. Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica e no Curso de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas – UNIVALI. E-mail: ricardostanzolavieira@gmail.com

A partir desses levantamentos preliminares, a ONG COSTA LEGAL, a ASSOCIAÇÃO FLORIANOPOLITANA DAS ENTIDADES COMUNITÁRIAS e a ASSOCIAÇÃO PACHAMAMA, com a assistência jurídica do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA) e do Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica (OJE), ambos da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), ingressaram em juízo com uma ação civil pública estrutural contra o Município de Florianópolis, a Fundação Municipal do Meio Ambiente, a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento, o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina e a Agência de Regulação de Serviços Públicos de Santa Catarina. A ação foi autuada na Justiça Federal de Santa Catarina, sob o n. 5012843-56.2021.4.04.7200.

É nesse contexto fático e jurídico que o presente artigo busca analisar, com base na Ecologia Política, a possível ampliação do acesso à Justiça para a proteção do *common*. Daí, então, surge o questionamento: de que forma o processo estrutural poderá contribuir e/ou servir de instrumento para a análise sistêmica de problemas complexos levados a apreciação judicial, sobretudo em matéria ambiental?

O trabalho, baseado em fontes bibliográficas, está estruturado em cinco partes.

A primeira parte ocupa-se em redesenhar o porvir, situando e fixando a Sociedade de Risco atual, decorrente do produtivismo e consumismo, típicos do modelo socioeconômico globalizado.

Na segunda parte, a pesquisa apresenta a definição e o tratamento dos bens comuns, desatacando-se a importância da sua preservação e manutenção para o ecossistema local.

A terceira parte busca identificar as raízes da Ecologia Política, sobretudo, sob o signo da proposição de alternativas ao desenvolvimento. O surgimento do processo civil estrutural fomenta o acesso à Justiça para a resolução de litígios complexos, multidisciplinares e policêntricos.

O quarto ponto da pesquisa situa o processo civil brasileiro, da sua gênese de cunho individualista e binária para a evolução da análise sistêmica em casos complexos, por meio do processo estrutural.

E, por fim, na quinta e última parte é feita a análise dos fundamentos utilizados na referida ação civil pública à luz do conceito de *commom* e da Ecologia Política.

2 REDESENHAR O PORVIR NA SOCIEDADE DE RISCO

Ulrich Beck (2010, p. 33) é claro ao afirmar, logo no início da sua renomada obra, *A Sociedade de Risco, rumo a uma outra modernidade*, que “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos sociais”.

A premissa a qual é um dos pontos de partida de Ulrich Beck suscita grandes debates acerca dos princípios e dos valores que embasam a ideia da qualidade de vida decorrente do produtivismo e do consumismo, típicos do modelo socioeconômico globalizado.

Não obstante a questão referente ao meio ambiente tenha ingressado na agenda mundial após a Conferência de 1972, em Estocolmo, que, inclusive, a exemplo do

Brasil (artigo 225), fez constar de forma expressa na sua constituição um capítulo inteiro detalhado e sistematizado, no que se refere ao ônus e obrigação de sua proteção, a titularidade dos seus bens e, ainda, o dever de preservação *intra* e *inter* geracional, o que se vivencia, hoje, é incoerente com os compromissos outrora assumidos.

O professor israelense Yuval Harari (2018, p. 151) aponta que, em evidente movimento contrário à preocupação com a proteção do meio ambiente, com a sua preservação no presente e para o futuro, no exercício harmônico entre o desenvolvimento econômico e social e os bens naturais, “os humanos estão desestabilizando a biosfera em múltiplas frentes”. E, ainda, faz uma dura constatação ao afirmar que “durante milhares de anos o *Homo sapiens* comportou-se como um assassino em série ecológico; agora está se metamorfoseando num assassino em massa ecológico” (HARARI, 2018, p. 151).

O que se observa, portanto, é que o modelo econômico baseado na produção de bens em larga escala, bem como na sua acumulação, como índice indicador de crescimento, trouxe consigo diversas consequências para a Sociedade. Efeitos esses, que puderam ser observados e sentidos nos mais variados segmentos – social, econômico e ambiental.

Os reflexos concretos podem ver vistos no crescente distanciamento entre as classes sociais provocado pela marginalização de grande parte da Sociedade, que passa a construir e a viver em guetos, favelas e aglomerados urbanos, quase sempre, despidos das condições mínimas de infraestrutura. Fritjof Capra (2002, p. 154) explica que a consequência da exclusão social é que “certos segmentos da sociedade, certos bairros, regiões e até países inteiros tornam-se irrelevantes do ponto de vista econômico”.

Sob o aspecto econômico, a expansão capitalista passa a contar com um mercado regulado pelas grandes corporações internacionais, em que o Estado perde o seu protagonismo central de regulação. Cria-se, pois, um campo comercial paralelo, em que as relações comerciais passaram a ser pautadas única e exclusivamente na obtenção de lucro, aumento da demanda e produção.

O meio ambiente já explorado por anos pelo Homem chega ao seu ápice. A poluição e a degradação tornaram-se problemas cujas dimensões extrapolam os limites territoriais dos Estados Nacionais. Os excessos e o descaso com a qualidade do ambiente provocaram perturbações na dinâmica do clima. Espécies animais e vegetais foram exploradas à exaustão chegando, em algumas situações, à sua própria extinção. O desmatamento indevido das áreas nativas, com a destruição das florestas, seja pelo aumento das áreas urbanas, pelo crescimento demográfico ou pelo aumento das áreas de cultivo e exploração pecuária, dá uma dimensão da amplitude dos problemas enfrentados nos últimos anos pós expansão do capitalismo.

Dentre os diversos efeitos ou reflexos negativos acima descritos, talvez o que seja mais sensível, hoje e para as futuras gerações, seja a questão relacionada à questão ambiental. É necessário repensar a relação do homem com a natureza.

A crise observada em razão da divisão no campo das ideias fez com que toda uma geração perdesse “o sentido do vínculo e do limite das suas relações com a natureza” (OST, 1995, p. 10). A Natureza foi reduzida a um simples cenário reservatório de recursos “no centro do qual reina o homem que se autoproclama dono e senhor”. Isso fez com que o ambiente perdesse a sua consistência ontológica.

Entretanto, na perspectiva do comum proposta por Antônio Negri e Michael Hardt (2016, p. 196), a relação entre o Homem e a Natureza deve ser norteada com base na coabitação, cooperação, precaução, isto é, de modo completamente oposto às práticas capitalistas modernas.

3 O COMMON NA ATUALIDADE

Os conceitos e definições do que se entende por *common* ou o comum tem navegado por algumas áreas do saber – ciência política, economia, Ecologia Política e direito. Todavia, por razões metodológicas, será utilizado um recorte da construção teórica de Antônio Negri e Michael Hardt (2016, p. 196) que sustentam a passagem de uma visão de *common* com referência ao medievo para esse comum como devir político contemporâneo. Assim, a ideia do comum se ressignificou a partir do próprio capitalismo contemporâneo na sua forma neoliberal, que impôs “o giro do pensamento político do comum, quebrando a falsa alternativa entre o Estado e o mercado” (NEGRI; HARDT, 2016, p. 196).

Antônio Negri e Michael Har (2016, p. 196) apontam para a viabilidade de uma ecologia do comum, isto é, uma ecologia centrada “igualmente na natureza e na sociedade, nos seres humanos e no mundo não humano, numa dinâmica de interdependência cuidado e transformação mútua”. Afastam-se as construções teóricas do Estado e da Soberania para se evocar, na verdade, “uma metamorfose do comum que opera simultaneamente na natureza, na cultura e na sociedade” (NEGRI; HARDT, 2016, p. 196).

A ecologia do comum já faz parte da matriz constitucional do Equador e da Bolívia, quando se identifica o *Sumak kawsay/Suma Qamaña* não como um princípio restrito aos povos indígenas, mas como um vetor do constitucionalismo latino-americano.

A partir dessa nova epistemologia, propõe-se um estilo de vida dentro de uma Sociedade em harmonia com a Natureza, baseada na reciprocidade, complementariedade e solidariedade entre indivíduos e comunidades “com sua oposição ao conceito de acumulação perpétua, com seu regresso a valores de uso, o Bem Viver, enquanto ideia em construção, abre as portas para formular visões alternativas de mundos” (ACOSTA, 2016, p. 33).

Essa filosofia de vida está pautada para além da ideia do progresso como forma de desenvolvimento. Busca enfatizar a relação indissociável entre a produção do comum e os elementos da interculturalidade, da plurinacionalidade e do bem viver, que aponta para uma nova forma de organização social, política, jurídica e econômica em oposição à cultura material individualista.

A definição de comum projeta a construção de novos arranjos institucionais, sociais e, ainda, de procedimentos, a evidenciar a conexão entre a coisa e a atividade do coletivo que a circunda – análise sistêmica e não fragmentada. É, portanto, a relação do coletivo com uma ou diversas coisas que identifica o comum.

4 A CONVERGÊNCIA DA ECOLOGIA POLÍTICA COM O MOVIMENTO DO *COMMON*

Delineados os contornos produzidos e inseridos dentro de uma Sociedade de Risco, sobretudo, relacionados à questão ambiental, e apresentada a definição do movimento de luta e alternativo à crise ecológica baseada no comum, busca-se verificar, a partir de uma perspectiva de Ecologia Política, se o processo civil de cunho estrutural pode ser considerado como instrumento para redesenhar e ampliar o acesso à Justiça para a proteção do comum.

A partir das conferências promovidas pelas Nações Unidas alguns temas passaram a constar na pauta da agenda global. A primeira realizada, a Conferência de Estocolmo, em 1972, trouxe à tona a questão do desenvolvimento associado à degradação ambiental. A Terra começava a dar sinais de esgotamento frente a um sistema de produção e consumo em massa, baseado no uso intenso de combustíveis fósseis (petróleo e carvão). Propôs-se, então, um novo modelo desenvolvimentista mais condizente com a percepção de finitude dos recursos naturais.

Duas décadas após, uma nova conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento foi organizada pelas Nações Unidas, a Conferência Rio-92, em que se propôs a definição de desenvolvimento sustentável.

Observada a piora nos indicadores socioambientais no período decorrido entre as conferências passadas, no ano de 2002 ocorreu em Johannesburgo, na África do Sul, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável ou Cúpula da Terra 2 (Rio + 10). Esse encontro concentrou-se no objetivo prioritário da redução da pobreza, adquirindo, assim, um caráter prioritário a questão social, nas suas escalas local, nacional e global.

Não obstante o grande eco da agenda ambiental proposta pela Organização das Nações Unidas, que na fase inicial buscava compatibilizar o crescimento econômico com o meio ambiente, e, num segundo momento, trilhou o conceito de desenvolvimento sustentável, os compromissos internacionais firmados nas diversas conferências nunca chegaram a ser cumpridos na medida necessária.

Para Enrique Leff (2019, p. 187), “a globalização econômica e o discurso dominante da sustentabilidade, em sua esquizofrenia discursiva e sua cegueira institucionalizada, desvalorizam estes esforços por construir um saber que integra conhecimentos e valores”. Assim, a resistência na adoção de práticas que pressupõem sacrifício ao consumo e a produção em massa trouxe consigo o descrédito na proposta do desenvolvimento sustentável enquanto objetivo político.

Paralelamente às conferências globais promovidas pela Organização das Nações Unidas, surgia, na década de 1970, um movimento cujo objetivo era destacar a im-

portância da pressão demográfica sobre os recursos naturais, de modo a dimensionar a população máxima de uma determinada localidade em relação ao espaço territorial correspondente.

Já na década de 1980, a terminologia Ecologia Política esteve mais ligada às correntes que contestavam o combate à crise ambiental por meio de medidas meramente técnicas para a resolução dos problemas ambientais, visto que se negligenciava o relacionamento dos aspectos culturais das comunidades locais com as estruturas sociais e políticas.

Em período mais recente, a Ecologia Política agregou no seu discurso os conflitos socioambientais com base nas relações desiguais de poder entre os atores sociais e políticos.

Para a Ecologia Política, os problemas ambientais não podem ser analisados e compreendidos fora do contexto político e econômico em que foram criados. A abordagem da crise ambiental, em regiões socialmente desiguais, deve ter como ponto de partida o enfoque dos interesses dos atores envolvidos.

Destacam-se como principais estratégias de ação dos movimentos influenciados pela Ecologia Política a justiça ambiental, a resistência como estratégia de luta e proposições de alternativas ao desenvolvimento.

A justiça ambiental, pode ser rapidamente resumida como um movimento que busca impedir que as áreas habitadas por grupos minoritários ou socialmente vulneráveis sejam mais suscetíveis e exposta a sofrerem com as externalidades negativas – dívida ambiental - decorrentes da degradação ambiental (exemplo, a instalação de aterros sanitários, indústrias químicas nas periferias etc.).

A resistência como estratégia de luta – tal qual se extrai da sua própria denominação – se constitui pelos atos de protestos e nos embates com instituições públicas ou privadas.

E, por fim, a proposição de alternativas ao desenvolvimento, estratégia que mais se adequa ao objeto da presente pesquisa, consiste na junção de práticas sustentáveis e não agressivas ao meio ambiente com a melhoria das condições sociais. São exemplos de ações a proposta de energia gerada por pequenas centrais hidroelétricas, captação da água da chuva, agroecologia e delimitação de reservas extrativistas, entre outros.

É dentro desse contexto que a Ecologia Política, partindo da proposição de alternativas ao desenvolvimento, pode contribuir para o alargamento do acesso à Justiça, por meio de um processo civil estrutural, voltado para a resolução de litígios complexos, multidisciplinares e policêntricos, e cujo objetivo fim é reestruturar determinada instituição pública, privada ou social.

5 ROMPENDO A TRADIÇÃO INDIVIDUALISTA DO PROCESSO CIVIL POR MEIO DO PROCESSO ESTRUTURAL

Ao longo dos últimos anos muito se tem discutido acerca da efetividade do processo. Surge uma nova compreensão sobre as demandas inerentes à Sociedade atual.

Daí o seguinte questionamento: Como os provimentos judiciais poderão/deverão atender enfrentar, decidir e, assim pacificar, a um só tempo, lides complexas que envolvem diversos atores e uma gama de direitos fundamentais? Eis o desafio.

O caráter instrumental do direito processual moderno, ante a complexidade dos direitos materiais tutelados, exige do processo “antes de tudo que ele se adapte às exigências de cada um dos direitos sob o risco de se tornar ineficaz, pois o instrumento que não serve ao seu fim acaba por tornar-se inútil” (LUCON, 2017, p. 11). Uma nova postura deve ser assumida. A relativização dos conceitos binários – autor e réu; direito material e processual, público e privado - pressupõe uma maior interação entre a carga normativa da Constituição e o processo (DINAMARCO, 2000, p. 212).

Na sua acepção originária, o direito processual civil brasileiro foi constituído e organizado para se ocupar de litígios que versavam apenas entre autor, réu e o Estado Juiz. A relação dos atores litigantes (individuais ou coletivos) tinha como vetor limitativo o pedido formulado de acordo com os interesses de cada uma das partes.

Esse processo, que se materializa por meio da demanda de uma parte (autor) contra outra (réu) e é resolvido por um terceiro imparcial aos fatos (Estado Juiz), é característico de um sistema bipolar, marcado pelo individualismo, pelo caminho linear do procedimento, pelo efeito patrimonial do provimento judicial e, também, pela baixa complexidade e repercussão social dos conflitos envolvidos (ARENHART, 2013, p. 391).

No contexto da Sociedade atual, é necessário que se analisem os problemas levados ao Poder Judiciário sob uma ótima sistêmica. “Se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas que não mais correspondem às exigências atuais” (ALVARO DE OLIVERIA, 2005, p. 11).

Os instrumentos processuais disponíveis devem ser aptos e estarem preparados para amparar de forma adequada e eficaz as diversas posições e situações jurídicas coletivas merecedoras de tutela. Isso porque, a “*sociedade não é uma, mas plúrima, os grupos não são homogêneos, mas heterogêneos*” (ZANETI JR., 2016, p. 28).

Nessa dinâmica, vêm se tornando cada vez mais presentes no cotidiano forense os denominados processos estruturais, os quais, muito embora não tenham uma conceituação própria, sua essência é bem descrita por Gustavo Osna:

Primeiramente, ao contrário do que costuma ocorrer na resolução de disputas, a intervenção jurisdicional passaria a ser necessariamente continuada; o provimento não se encerraria de pronto, exigindo constantemente fiscalização e ajuste. Em outras palavras, a execução da sentença poderia assumir uma composição institucional sendo periodicamente monitorada e revista conforme as circunstâncias do caso.

Da mesma forma, esse tipo de situação também faria com que a atuação do Judiciário passasse por uma maior abertura dialógica – possuindo propensão à obtenção de consensos. A questão, aqui, se dá pela própria complexidade da tutela esperada: tratando-se de aspectos com impacto social elevado, relacionando-se com diferentes valores

coletivos, seria razoável que os próprios envolvidos contribuíssem para a formação do provimento e para o seu contínuo aprimoramento (OSNA, 2020, p. 470-471).

As técnicas processuais devem ser/estar adequadas à natureza e à complexidade do litígio e, assim, promover, de forma satisfatória, os fins visados para a sua deflagração.

Dessa forma, é nesse contexto que o processo estrutural desponta como uma das medidas hábeis para atender às novas relações sociais, voltada para a resolução de litígios complexos, multidisciplinares e policêntricos, que demandam a reestruturação de determinada instituição pública, privada ou social, cujas omissões estão a limitar o pleno exercício e fruição de direitos, sobretudo, os fundamentais.

6 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO ESTRUTURAL – CASO DA LAGOA DA CONCEIÇÃO NO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS³

O estudo de caso da ação civil pública estrutural ajuizada pela ONG COSTA LEGAL, ASSOCIAÇÃO FLORIANOPOLITANA DAS ENTIDADES COMUNITÁRIAS, ASSOCIAÇÃO PACHAMAMA tem como objetivo analisar se é possível caracterizar esta medida judicial como instrumento de proteção de um comum, considerando: i - um sujeito titular de direitos; ii - a vida humana e não humana; iii - o entorno sociocultural da laguna; iv - os reflexos sanitários e econômicos à população local; v - os reflexos regionais em decorrência da relevância do ponto turístico para a capital catarinense; e, vi – a gestão coletiva e participativa do futuro da Lagoa da Conceição em razão da omissão do poder público.

Na ação, os autores descrevem que a demanda tem como objetivo a adoção de medidas de natureza estrutural “visando à efetiva implementação de um sistema de governança socioecológica de gestão, proteção, controle e fiscalização dos impactos presentes e futuros vinculados à integridade ecológica da Lagoa da Conceição [...]” (BRASIL, 2021c).

Para caracterizar o processo e o pedido como estrutural, as partes autoras partiram das seguintes premissas:

- a) a Lagoa da Conceição é sujeito de direitos ecológicos, nos termos do art. 133 da Lei Orgânica do Município de Florianópolis/SC e da normativa prevista na Constituição Federal, o que exige estrutura de governança capaz de garantir, proteger, realizar e representar estes direitos;
- b) o estado de coisas inconstitucional, caracterizado pela irresponsabilidade organizada no funcionamento da estrutura institucional vigente — implementada de forma fragmentada e não sistêmica — tem sido incapaz de efetivar a proteção legal e regulatória federal, estadual e municipal em matéria ambiental, sendo insuficiente para salvaguardar a integridade socioecológica da Lagoa da Conceição (BRASIL, 2021c).

Assim, com base nos conceitos e nas definições apresentados ao longo do presente ensaio, será feita a análise do possível enquadramento fático e jurídico da Ação Civil

³ Não serão objeto de análise os critérios de admissibilidade, interesse ou legitimidade, entre os fatores da técnica processual que levaram os autores a ingressarem com a presente demanda. Da mesma forma não será proferido nenhum juízo de valor no que se refere à causa de pedir, próxima ou remota, bem como, acerca dos pedidos mediatos e imediatos.

Pública Estrutural n. 5012843-56.2021.4.04.7200 para a proteção dos comuns por meio do processo estrutural.

Inicialmente, analisando-se a legitimidade dos autores da ação civil pública estrutural, aparentemente, é possível vislumbrar uma ligação entre o grupo de atores da sociedade civil que ingressou a ação e os direitos nela postulados, havendo, pois, uma ligação subjetiva entre os danos causados e os danos sofridos.

A Lagoa da Conceição compõe um dos ecossistemas da parte leste da cidade de Florianópolis, que faz a interface entre o oceano e a terra. A sua bacia hidrográfica é integrada por três subsistemas – lagoa do meio, de cima e de baixo –, abastecidos e integrados da seguinte forma:

(i) águas doces, provenientes, de afluentes e canais de drenagem existentes em sua maioria nas regiões da Costa da Lagoa, do Canto dos Araçás, do Canto da Lagoa e do Maciço da Costeira; (ii) águas salgadas, que ingressam através do referido canal, a partir das praias Barra da Lagoa e Moçambique, especificamente, no subsistema da Lagoa do Meio; e (iii) corpo lagunar, caracterizado por um solo “arenoso com sedimentos finos, siltosos e matéria orgânica (lodo) nas partes fundas e abrigadas dos ventos, bem como nas desembocaduras de rios (BARBOSA, 2003, p. 12-13).

Conforme já abordado acima, o rompimento na lagoa de evapoinfiltração da ETE da Lagoa da Conceição ocasionou o despejo de um volume considerável de esgoto tratado nas águas de referida laguna. Para o corpo técnico do projeto Ecoando Sustentabilidade, ainda que se trate de esgoto tratado, o material orgânico “ao ser despejado pontualmente e bruscamente, representa uma entrada altamente impactante de compostos químicos e componentes biológicos estranhos à Lagoa da Conceição” (BRASIL, 2021a).

A propósito, é oportuno citar que a lei orgânica do município de Florianópolis assegura, de forma expressa, a titularidade de direitos à Natureza. Portanto, é dever da municipalidade adotar medidas para promover a harmonia entre o Homem e a Natureza de modo a garantir a coexistência sustentável entre as populações humanas e não humanas com base nos princípios do bem viver.

A legislação local está assim redigida:

Art. 133. Ao Município compete promover a diversidade e a harmonia com a natureza e preservar, recuperar, restaurar e ampliar os processos ecossistêmicos naturais, de modo a proporcionar a resiliência socioecológica dos ambientes urbanos e rurais, sendo que o planejamento e a gestão dos recursos naturais deverão fomentar o manejo sustentável dos recursos de uso comum e as práticas agroecológicas, de modo a garantir a qualidade de vida das populações humanas e não humanas, respeitar os princípios do bem viver e conferir à natureza titularidade de direito (CÂMARA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS, 2019)

Conforme já abordado no item 2 do presente artigo, o modelo econômico mundial trouxe consigo um universalismo de ameaças, independentemente do local onde é/foi produzida a ameaça. O padrão de distribuição dos riscos está inserido dentro de um campo político explosivo, sendo que Ulrich Beck (2010, p. 45) alerta para o

chamado efeito bumerangue, pois “cedo ou tarde, eles [os riscos e as ameaças] alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles”.

O vazamento de matéria orgânica da ETE da Lagoa da Conceição está inserido dentro de um contexto da Sociedade de Risco. O crescimento urbano e, via de consequência, a necessidade de destino final para os resíduos produzidos pela sua população é marca do desenvolvimento da Sociedade.

Da mesma forma, a Lagoa da Conceição se enquadra na definição de comum, não apenas na condição de sujeito de direitos, mas como um ecossistema que abriga formas de vida humana e não humana, compõe o patrimônio histórico, social e cultural da cidade de Florianópolis, é agente que fomenta a economia da comunidade local, e, ainda, possui função regulatória para o meio ambiental da região.

No que se refere ao polo passivo da ação, ou seja, contra quem a ação civil pública foi interposta, consta descrito na petição que uma suposta omissão da gestão e governança para a proteção, controle, monitoramento de fiscalização por parte de entes públicos estaria acarretando prejuízos à efetividade de direitos fundamentais.

Não é objeto deste artigo, tampouco poderia ser, imputar responsabilidades aos órgãos e entidades que figuram como réus na Ação Civil Pública Estrutural n. 5012843-56.2021.4.04.7200, até mesmo porque a ação ainda está em tramitação. Contudo, no recorte deste artigo, a questão relacionada ao processo estrutural tem por objetivo que seja proferida uma decisão judicial dialética, decorrente de um amplo contraditório.

A teoria do processo estrutural advoga que, em razão da natureza complexa de determinados litígios, especialmente quando estão sob análise questões com impacto social elevado, relacionando-se com diferentes valores coletivos, é razoável que as próprias partes envolvidas contribuam de forma ativa para a formação do provimento e para o seu contínuo aprimoramento.

Uma decisão proferida após um amplo debate envolvendo as partes, órgãos técnicos e segmentos da Sociedade torna mais legítimo e efetivo o provimento judicial. Assim, “Mais do que uma imposição unilateral, o processo se tornaria palco de negociação e de debates prospectivos, procurando uma regulação razoável” (OSNA, 2020, p. 470-471).

Dessa forma, o que se observa da Ação Civil Pública Estrutural n. 5012843-56.2021.4.04.7200 é que a Lagoa da Conceição, um sujeito de direitos, que na sua concepção ampla, contempla: a comunidade local, o ecossistema material e imaterial e a rede de processos socioecológicos, pode ser enquadrado no conceito de comum.

Da mesma forma, afigura razoável a utilização do processo estrutural para a resolução dialética e participativa do evento decorrente do rompimento da contenção da ETE da Lagoa da Conceição. Ademais, torna mais legítimo e efetivo o provimento judicial quando amplamente negociado e debatido de forma prospectiva entre as partes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O rompimento na lagoa de evapoinfiltração da ETE da Lagoa da Conceição é mais um dos sinais da larga produção de riscos sociais decorrentes da Sociedade atual.

Os efeitos da poluição e da degradação ambiental, em todas as suas formas, demonstram que as dimensões da crise da modernidade não observam as fronteiras dos Estados Nacionais, pois atingem eles próprios, em efeito bumerangue, nos mais variados segmentos – social, econômico e ambiental. É necessário repensar a relação do Homem com a Natureza.

A partir de um novo olhar epistemológico, cria-se um estilo de vida dentro de uma Sociedade em harmonia entre os seres humanos e não humanos. Essa relação indissociável entre os elementos da interculturalidade, da plurinacionalidade e do bem viver, aponta para a redefinição do *common* (comum). O comum se projeta e inspira a construção de novos arranjos institucionais, sociais que fortalecem a conexão entre a coisa e a atividade do coletivo que a circunda.

Paralelamente aos movimentos ambientalistas promovidos pela Organização das Nações Unidas, a partir da década de 1970, a Ecologia Política também se consolidava como um pensamento interdisciplinar que buscava analisar e compreender os problemas ambientais dentro do contexto político e econômico em que foram criados.

Assim, partindo da proposição de alternativas ao desenvolvimento, uma das linhas cognitivas da Ecologia Política, percebe-se que o processo civil estrutural pode contribuir de forma efetiva para o alargamento do acesso à Justiça em se tratando de litígios complexos, multidisciplinares e policêntricos.

O procedimento com amplo contraditório e participação das partes proporcionado pelo processo estrutural se coaduna com a natureza e a complexidade dos litígios que envolvem as demandas ambientais, sobretudo, em se tratando de um desastre.

É dentro desse contexto que o processo estrutural desponta como uma das medidas hábeis para atender às novas relações sociais, voltada para a resolução de litígios complexos, multidisciplinares e policêntricos, que demandam a reestruturação de determinada instituição pública, privada ou social, cujas omissões estão a limitar o pleno exercício e fruição de direitos, sobretudo, os fundamentais ao meio ambiente equilibrado.

Dessa forma, a teoria e as técnicas do processo estrutural ainda são incipientes em solo nacional, contudo, a depender dessas primeiras experiências, a exemplo da Ação Civil Pública Estrutural n. 5012843-56.2021.4.04.7200, é que os resultados, positivos ou negativos, poderão ser mais bem avaliados.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, n. 2, p. 5-32, maio 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

BARBOSA, Tereza C. P. **Ecolagoa**: um breve documento sobre a ecologia da Bacia Hidrográfica da Lagoa da Conceição. Florianópolis: Editora Gráfica Pallotti, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. Universidade Federal do Estado de Santa Catarina. **Nota Técnica sobre o rompimento da barragem da CASAN**. Disponível em: https://noticias.paginas.ufsc.br/files/2021/01/Nota-te%CC%81cnica-impactos-e-a%C3%A7%C3%B5es-necess%C3%A1rias-de-mitiga%C3%A7%C3%A3o-e-restaur%C3%A7%C3%A3o-da-lagoa-da-cocnei%C3%A7%C3%A3o-e-sistema-de-dunas_UFSC-2.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Universidade Federal do Estado de Santa Catarina. **Nota Técnica n. 04/PES/2021**. Disponível em: https://noticias.paginas.ufsc.br/files/2021/03/PES4_2021_Descolora%C3%A7%C3%A3o-e-Manchas-na-%C3%81gua-revisada-final.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). **Ação Civil Pública n. 5012843-56.2021.4.04.7200**. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal&>. Acesso em: 02 ago. 2021.

CÂMARA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS. **Lei Orgânica do Município de Florianópolis**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/prefeitura/sc/florianopolis/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Cultrix, 2002. (Acesso livre)

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. Común. **Ensayo sobre la revolución em el siglo XXI**. Trad. Afonso Díez. Barcelona: Editorial Gedisa, 2015.

GALDINO, Matheus Souza. Processos Estruturais: identificação, funcionamento e finalidade. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. 1. ed. 3ª reimpressão. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do Processo Estrutural. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christina Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena (org.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil**: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2017.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, repensar o pensamento. 8. ed. Tradução Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MORIN, Edgar. **A Via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

NEGRI, Antônio; HARDT, Michael. **Bem Estar comum**. Rio de Janeiro: Record, 2016.

OSNA, Gustavo. “Nem tudo”; nem “nada”: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p.423-461.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ZANETI JR., Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. *In*: ZANETI JR., Hermes; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Coleção repercussões do novo CPC**: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8.

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE CRIAÇÃO DE REGIMES DE TRANSIÇÃO: o caso do transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de Santa Catarina

Flávia Baldini Kemper¹
Gabriel Pedroza Bezerra Ribeiro²

RESUMO

O presente estudo partiu de um caso concreto vivenciado no âmbito do Estado de Santa Catarina – o processo de regularização precária das concessões do transporte público intermunicipal de passageiros – para analisar a possibilidade de criação de momentos de “legalidade extraordinária” por intermédio de termos de compromisso (art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), a fim de permitir a superação de estágios de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. Avaliando a construção realizada no território catarinense, buscou-se perquirir se as medidas ali adotadas se encontravam inseridas na moldura legal existente, bem como se seria possível replicar tal mecanismo em situações semelhantes.

Palavras-chave: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); Concessão de serviço público; Consensualidade; Regime de transição.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 inaugurou, no âmbito dos serviços públicos, uma forte onda moralizadora das relações firmadas entre o Estado e os particulares, promovendo a necessidade ampla de licitação para a delegação de serviços públicos, antes explorados por meio de uma miríade de institutos jurídicos (notadamente, permissão e autorização), em grande parte por meio de instrumentos precários e de feição napoleônica, presos a um modelo de direito administrativo marcadamente impositivo e unilateral, com resquícios autoritários (FERRAZ; SAAD, 2018).

Nesse contexto, sai o ato administrativo como móvel da atuação da Administração pública e entra o contrato com ampla processualização e contratualização das relações jurídicas entabuladas pelo poder público, viabilizando, desse modo, a participação do destinatário na formação da vontade estatal e garantindo maior legitimidade e eficiência à atuação administrativa (OLIVEIRA, 2018).

Contudo, a necessidade de uma maior interação entre a Administração Pública e os particulares para a modelagem de estruturas de transferência de tais serviços

1 Pós-graduada em Direito Processual Civil (Faculdade IBMEC), Direito Penal (Faculdade IBMEC) e Direito Público - Constitucional, Administrativo e Tributário (Faculdade Estácio de Sá). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE). Procuradora do Estado de Santa Catarina. E-mail: flaviakemper@pge.sc.gov.br

2 Pós-graduado em Direito Administrativo (LFG-Anhanguera) e Direito Processual (PUC/MG). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: gabrielribeiro@pge.sc.gov.br

públicos à iniciativa privada não ocorreu sem sobressaltos, mormente diante da constatação de que, não raro, os problemas que demandam soluções complexas, no âmbito público, sofrem com atrasos.

Assim ocorreu com o Estado de Santa Catarina e a delegação dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros: atropelado pela realidade e com dificuldades técnicas para delegar o serviço de maneira eficiente e segura à iniciativa privada, conviveu com um verdadeiro vácuo regulatório da atividade com a permanência de concessões de fato, com contratos vencidos há mais de duas décadas e prorrogados por leis posteriormente declaradas inconstitucionais.

Todavia, no período recente, buscando uma solução equânime e segura para o tema e valendo-se da tendência no direito administrativo de consensualidade, pragmatidade e atenção à realidade, o poder público catarinense firmou um acordo com o Ministério Público estadual e as operadoras do serviço para regular um período de transição visando permitir que uma futura licitação ocorresse, num contexto de continuidade do serviço público, apta a atrair a necessária competitividade com potenciais novos entrantes.

Sobre as tendências doutrinárias supracitadas, com ênfase no que dispõe a Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, Carlos Ari Sundfeld (2022, p. 42) assevera:

Os preceitos da nova LINDB não têm conteúdo propriamente revolucionário: eles só transformam em texto legal, de caráter universal, exigências que, em muitos ambientes – o do controle público, inclusive – já vinham sendo feitas, e que traduzem práticas jurídicas contemporâneas e adequadas. O revolucionário mesmo foi trazer esses temas para a velha LINDB e transformá-la em lei bússola também do mundo público. As novas normas são relativamente poucas e concisas, ao estilo da LINDB. Sua linguagem incorpora terminologia e concepções contemporâneas. Fala-se em gestão pública (art. 22, *caput*), políticas públicas (art. 22, *caput*), consequências práticas das decisões (art. 20, *caput*), necessidade e adequação das medidas (art. 20, parágrafo único), obstáculos e dificuldades reais do gestor (art. 22, *caput*), circunstâncias práticas (art. 22, §1º), alternativas de decisão (art. 20, §1º), regime de transição (art. 23), regularização proporcional e equânime (art. 21, parágrafo único), orientações gerais estabelecidas (art. 24), orientações novas (art. 23), orientações vinculantes (art. 30), compromissos administrativos (art. 26) e compromissos processuais (art. 27, §2º). Tudo a ver com tendências atuais, realistas e pragmáticas do direito público. Garantem-se direitos e mecanismos para evitar as consequências não avaliadas nas intervenções jurídicas, para garantir transições jurídicas adequadas em caso de mudanças, para estabilizar relações jurídicas que já se consolidaram, para diminuir incertezas jurídicas, para viabilizar a solução consensual de dificuldades ou conflitos e para induzir a participação da sociedade na produção de normas administrativas.

No mesmo sentido, Gustavo Binenbojm (2017, p. 58) corrobora:

O direito administrativo contemporâneo está sob o influxo da razão pragmática sob múltiplas formas e em diferentes setores de seu campo de atuação. Não se está aqui a sustentar a existência de um projeto global de reforma da disciplina fundado no pragmatismo filosófico, mas daquilo que Posner denominou, mais modestamente,

de uma atitude ou um temperamento pragmático (pragmatic mood), caracterizado pelo ceticismo em relação às teorias generalizantes e aos conceitos meramente abstratos. Ao descrédito da grande narrativa do direito europeu continental, essa razão pragmática deve responder pragmaticamente - isto é, de maneira antifundacionalista, contextualizada e consequencialista -, e não com outra grande narrativa alternativa. Em suma: basear conceitos, proposições e decisões no exame de suas consequências práticas, em um determinado contexto concreto, sem prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis - eis o itinerário do pragmatismo jurídico-administrativo.

O presente estudo visou, valendo-se do espaço conferido pela doutrina contemporânea, analisar em que circunstâncias se deu a construção de tal acordo com o *Parquet* estadual e dos termos de compromisso firmados com as operadoras do serviço público.

2 CONTEXTO DA DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS NO ESTADO DE SANTA CATARINA

Segundo estabelecido pelo art. 157 da Constituição da República de 1988, “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Diante dessa previsão e visando adaptar-se à nova ordem constitucional, o constituinte decorrente, por meio do art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, autorizou a prorrogação dos contratos de concessão de serviços de transporte de passageiros então vigentes por um novo período, bem como promoveu a conversão das permissões e autorizações à época existentes em concessões:

Art. 30. Os contratos de concessão de serviços de transporte de passageiros, em vigor, terão assegurado o direito de prorrogação por novo período, adaptando-se automaticamente a Constituição.

§ 1º A prorrogação fica condicionada a qualidade dos serviços.

§ 2º As permissões e autorizações de serviços de transporte de passageiros, em operação, ficam transformadas em concessões.

Entretanto, enfrentando as dificuldades que foram comuns aos estados da federação quanto ao tema, o Estado de Santa Catarina não conseguiu ultimar os procedimentos administrativos tendentes a licitar as concessões do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, razão pela qual, em 1998, por meio da Lei n. 10.824, foi criado o “Programa Estadual de Renovação Acelerada de Frota de Ônibus de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros” (PROFROTA), cujo objetivo, entre outros, era promover nova prorrogação do prazo das concessões.

Esse diploma, no entanto, foi declarado inconstitucional por meio da ADI n. 2002.006442-0/TJSC, visto representar, nos termos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ofensa aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da licitação. O julgamento recebeu a seguinte ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL N. 10.824, DE 17 DE JULHO DE 1998, INSTITUIDORA DO PROGRAMA ESTADUAL DE RENOVAÇÃO ACELERADA DA FROTA DE ÔNIBUS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS (PROFROTA), ADMINISTRADO PELO DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES E TERMINAIS (DETER), AUTARQUIA VINCULADA À SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTES E OBRAS - ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO - PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS SEM PRÉVIA LICITAÇÃO - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA, LIVRE CONCORRÊNCIA E LICITAÇÃO - ARTS. 135, § 4º, 137, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, E, AINDA, ART. 30 DOS ATOS DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA NORMA IMPUGNADA. A Lei Estadual n. 10.824/98, que Institui o Programa Estadual de Renovação Acelerada de Frota de Ônibus de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros - PROFROTA e estabelece outras providências, determinando a prorrogação dos contratos de concessões sem prévia licitação, afrontou verticalmente e materialmente os arts. 135, § 4º, 137, § 1º, e, ainda, art. 30 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, todos da Carta Estadual, em face do desrespeito aos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e licitação, estes garantidores da moralidade pública e de tratamento isonômico entre eventuais contratantes. Deve ser extirpada do ordenamento jurídico estadual catarinense lei infraconstitucional incompatível materialmente com os princípios constitucionais da livre iniciativa, concorrência e licitação, estes essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, os quais fazem parte dos fundamentos da economia brasileira e catarinense, importantes à preservação da justiça social. Segundo o Guardião da Constituição: Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito (SANTA CATARINA, 2009).

Como consectário, o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no âmbito do Estado de Santa Catarina, desde o vencimento da prorrogação conferida pelo supracitado art. 30 do ADCT da Constituição Estadual, passou a ser prestado de forma precária, sem concessão regular ou qualquer outro instrumento formal celebrado entre o poder público e os operadores.

Em que pese a tentativa do então Departamento de Transportes e Terminais (Deter)³ de, por meio do Edital n. 003/2016, promover regular licitação para concessão das linhas estaduais, o certame foi objeto de questionamento judicial, no qual restou reconhecido que, entre outros aspectos, “a autoridade coatora incorreu em ilegali-

³ Conforme arts. 98 e 99 da Lei Complementar Estadual n. 741/2019, o Deter foi extinto e suas competências transferidas à SIE, exceto as de regulação e de fiscalização do transporte intermunicipal de passageiros, que passaram a ser desempenhadas pela Aresc.

dade na elaboração do Edital n. 003/2016, porque nele não consta o detalhamento mínimo quanto ao preço da tarifa a ser cobrada, tampouco o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários”, bem como em face da previsão de que o valor da tarifa seria determinado pelo Deter “com base em determinada fórmula matemática, sem, contudo, explicitar os parâmetros e coeficientes para realização do cálculo”.⁴

Em paralelo à impugnação do certame por particulares, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs a Ação Civil Pública n. 0900777-18.2018.8.24.0023 em desfavor do Deter, das empresas prestadoras do serviço de transporte intermunicipal em território catarinense e de integrantes do Conselho Estadual de Trânsito de Santa Catarina, objetivando, em suma, compelir os requeridos a promoverem procedimento licitatório para delegar o serviço de transporte rodoviário intermunicipal.

A antecipação dos efeitos da tutela foi deferida e conferiu aos requeridos o prazo de seis meses para a conclusão do projeto básico (art. 6º, IX, da Lei n. 8.666/93)⁵ do futuro certame, findo o qual se iniciaria nova contagem de 90 (noventa) dias para a publicação do edital de licitação.

Em sua contestação, ao salientar a exiguidade do prazo concedido para cumprimento da tutela antecipada, o Deter pontuou:

[...] verifica-se a complexidade de efetuar uma licitação no Estado de Santa Catarina, ou seja, o cumprimento de liminar de uma Ação de Obrigação de Fazer com um prazo de 6 (seis) meses, por + 90 (noventa) dias para cumprimento da obrigação, entende-se que não é possível seu cumprimento, pois diferente de um bem ou serviço comum, cada linha apresenta distâncias distintas, número de passageiros, tarifário além de característica demográfica de cada região atendida, que exige uma frequência de horários que impacta no custo da operação e suas tarifas, que demanda estudo para estabelecer a frequência mínima e viável a operação, sob pena de elevar o custo e tornar os valores de tarifa para os usuários proibitivo ou não interessante para os operadores, por não permitir a manutenção da frota de veículos alocadas para executar o serviço no prazo da concessão. Portanto, um estudo para a referida licitação de transporte intermunicipal deve ser elaborado (já contratado). No entanto, tais procedimentos são inviáveis no prazo estabelecido requerido pelo Ministério Público na inicial ou mesmo o que estabelecido na decisão que antecipou os efeitos da tutela. Deve-se entender que cada região tem características distintas e o processo de licitação deve contemplar todas as diferentes características da demanda por transporte de passageiros no Estado de Santa Catarina. Estabelecer um prazo exíguo e curto poderá acarretar mais imprecisão aos dados do sistema rodoviário, que não dispõem em totalidade de bilhetagem eletrônica, que impede o cálculo preciso da operação e a rentabilidade de cada linha,

4 Mandado de Segurança n. 0304261-27.2017.8.24.0023/SC, impetrado pela empresa Nevatur Transportes e Turismo Ltda. Trechos extraídos do parecer do Procurador de Justiça Dr. Américo Bigaton, citado na decisão proferida pelo Desembargador Artur Jenichen Filho, ao conhecer e negar provimento à remessa necessária (Remessa Necessária Cível n. 0304261-27.2017.8.24.0023/SC). A sentença do mandado de segurança foi proferida em 23/11/2017 e confirmada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 16/10/2020.

5 Art. 6º. [...] IX - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (BRASIL, 1993).

ficando uma assimetria de informações para os atuais operadores e com isso ferindo a lei de licitações quanto a isonomia de informações para todos os licitantes. [...] Diante deste caso concreto, esta Autarquia vem então buscando meios e ações para atender a demanda de licitar o sistema, bem como, colhendo informações que possa permitir o cálculo da viabilidade econômica e financeira das linhas, critérios de qualidade, reajustes das mesmas, assim como já foi possível diagnosticar que somente será possível a licitação por regiões, não por linha isolada, sob pena de várias regiões de baixa demografia e distâncias a população ficar sem transporte, por falta de demanda para suportar o investimento em veículos novos e a sua manutenção.⁶

Conforme mencionado em contestação e no Relatório Executivo (SANTA CATARINA, 2021) denominado “Proposta de Regularização do Transporte Intermunicipal de Passageiros de Santa Catarina”⁷, em 2018, o Deter contratou a Fundação de Estudos e Pesquisas Socioeconômicas (Fepese), da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), objetivando a elaboração de estudos, por meio do Laboratório de Transportes e Logística (LabTrans), para a formulação da Política Estadual de Transporte de Passageiros de Santa Catarina e de uma minuta de edital de licitação visando à delegação dos serviços. O relatório executivo aponta que o estudo, entregue em 2019, indicou inconsistências e ausência de dados operacionais imprescindíveis à sua finalização.⁸

Segundo consta do Relatório Executivo (SANTA CATARINA, 2021, p. 7), dadas as conclusões exaradas pelo LabTrans/UFSC, “tornava-se necessária a elaboração de uma grande pesquisa de campo que abrangesse todo o Estado e que possibilitasse o levantamento de informações operacionais para dimensionamento das redes de transporte”, porém tal pesquisa não era escopo do projeto contratado entre o extinto Deter e o LabTrans.

Nessa conjuntura, por meio da Portaria Conjunta SIE/ARESC/SUDERF n. 690/2020 (SANTA CATARINA, 2020), foi criado um grupo de trabalho para buscar uma solução à questão, com participação de membros oriundos de diversos órgãos e carreiras, inclusive da Procuradoria-Geral do Estado.

Dada a extinção do Deter,⁹ operou-se a sucessão processual na Ação Civil Pública n. 0900777-18.2018.8.24.0023, com o ingresso do Estado de Santa Catarina no polo passivo. Assim, o Grupo de Trabalho passou a moldar soluções ao contexto de irregularidade do transporte, primeiramente no formato de acordo judicial, a ser firmado pelo ente público, pelo *Parquet* e pelas empresas requeridas e/ou prestadoras

6 Evento 369 da Ação Civil Pública n. 0900777-18.2018.8.24.0023 - eproc. p. 18-45.

7 O relatório citado representa síntese dos estudos e levantamentos realizados, pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade (SIE), sobre o histórico da situação do Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros no Estado de Santa Catarina e acompanha o termo de acordo como anexo; e está disponível no Sistema de Gestão de Protocolo Eletrônico do Governo de Santa Catarina no processo SIE 4000/2021.

8 Segundo consta nos relatórios técnicos do LabTrans/UFSC: [...] a necessidade de dados confiáveis para a caracterização da demanda de passageiros, conforme a legislação e o atual entendimento dos tribunais brasileiros, é fundamental para que haja um adequado planejamento licitatório, com avaliação das desvantagens e riscos pela outorga, e é imprescindível que existam dados suficientes a caracterizar a real situação do objeto a ser licitado, existindo grande possibilidade de impugnação de um certame licitatório com tamanha insegurança jurídica. [...] a falta de dados estatísticos impede a formulação de propostas para a configuração da rede de transportes e, por consequência, da apresentação das características das áreas de transporte que delimitarão os conjuntos de serviços a serem licitados.

9 Conforme art. 98 da Lei Complementar Estadual n. 741, de 12 de junho de 2019.

do serviço de transporte intermunicipal de passageiros no Estado de Santa Catarina, com isso, objetivando a suspensão da Ação Civil Pública.

Como desdobramento do acordo judicial e conforme nele expressamente previsto, o Estado, por intermédio da SIE, celebrou termos de compromisso provisórios, fundamentados no art. 26 da LINDB, com as operadoras interessadas.

3 A CONSENSUALIDADE E A CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO COM OS INTERESSADOS COMO INSTRUMENTOS DE EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE ESTATAL

Mesmo antes do advento da Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, já se admitia a consensualidade como instituto jurídico válido no âmbito do direito público, ainda que ausente lei autorizadora. E, nesse sentido, deu-se o Recurso Extraordinário n. 253.885/MG, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 4 de junho de 2002, no qual se reconheceu a existência de “casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse” (BRASIL, 2022).

Em tempos de “Administração Pública do medo” (PEDRA; PÉRCIO, 2020), o reconhecimento casuístico da legitimidade de soluções consensuais, adotadas no âmbito do direito público, mostrava-se insuficiente para alcançar toda a sua potencialidade, embora o atingimento do interesse público e a superação de situações irregulares exigissem, em certas ocasiões, medidas não ortodoxas. Como destaca Fernando Vernalha Guimarães (2016), “instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acudados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger”.

Inegável, nesse contexto, que a Lei n. 13.655/2018 inaugurou novo paradigma no Direito, conferindo permissivo genérico para que os gestores e, de modo geral, os aplicadores da lei, no âmbito público, possam solucionar conflitos e irregularidades de forma consensual.

Merece especial destaque neste estudo o art. 26 da LINDB, introduzido pela Lei n. 13.655/2018:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo:

- I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
- II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Por meio deste dispositivo, afirma-se que se conferiu, expressamente, *competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro* (PALMA; GUERRA, 2018).

Não só a segurança jurídica, mas também a eficiência e a busca por um incremento na legitimidade estatal são chaves de leitura que dão sentido à noção de consensualidade, como destaca Bruno Irion Coletto (2021, p. 11-12):

Por trás da noção de consensualidade, iluminada pelas duas chaves de leitura acima propostas, está a percepção de que a cooperação dos indivíduos com o Estado – característica de um paradigma consensual da administração pública – permitiria a ordenação dos fins comuns de modo mais eficiente do que o comando, característico do paradigma unilateral do direito administrativo. Por mais que a coerção seja imprescindível, por certo, para fins de maximização da eficiência, ela não será suficiente – ainda mais quando se olha a questão sob o prisma da legitimidade. Uma instância do contemporâneo enfoque dado à cooperação pode ser observada no Novo Código de Processo Civil, denotando que tal destaque efetivamente se trata de um fenômeno do nosso tempo, o qual já parece fazer parte do paradigma do direito, pelo menos entre os teóricos, estando, quiçá, na iminência de se efetivar na prática jurídica [...].

Apesar da vasta aplicabilidade de institutos de consensualidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 77) alerta para o fato de que “jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”. Neste contexto, Patrícia Baptista (2018, p. 182; 184) destaca duas áreas como mais propícias à utilização de formas consensuais de administração: “aquelas relacionadas com as atividades de planejamento, bem como aquelas em que há espaço para a atuação discricionária do administrador”.

Entende-se que a criação de regime de transição tendente à delegação da prestação do serviço público de transporte intermunicipal de passageiros está compreendida na área de planejamento – mesmo que um planejamento intempestivo, fora da ordem natural. Relevante reconhecer, nessas hipóteses, que a celebração do compromisso não se presta à solução definitiva do problema de fundo, no entanto contribui para a definição dos contornos de sua resolução. Não por outro motivo que, em casos desta natureza, os acordos se aproximam de planos:

Todo e qualquer compromisso precisa ter um propósito – razão pela qual nos parece oportuno aproximarmos os acordos a planos – diretamente voltados a eliminar a situação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. O relacionamento com o caso concreto é imprescindível. De acordo com a LINDB, as obrigações devem ser necessariamente aplicadas para resolução do problema de fundo. Na consensualidade, a lógica dos modelos dá lugar à criatividade no desenho de soluções jurídicas mais aderentes às particularidades do caso concreto (PALMA; GUERRA, 2018).

Como é de conhecimento geral, o transporte é direito social constitucionalmente garantido (art. 6º da CRFB/88) e dele depende a fruição de outros direitos igualmente assegurados pela Constituição da República, tais como o direito à educação, à saúde e ao trabalho. Esse é, pois, o problema de fundo a ser solucionado.

A impossibilidade de promover a imediata delegação do serviço, constatada na Ação Civil Pública n. 0900777-18.2018.8.24.0023 e no Mandado de Segurança n. 0304261-27.2017.8.24.0023/SC, impôs, no âmbito do *plano* para legalizar a delegação dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no Estado de Santa Catarina, o estabelecimento de um regime de transição composto por duas fases: i) a autocomposição no âmbito judicial, listando um plexo de obrigações e prazos a serem cumpridos pelo poder concedente para regularização das concessões e; ii) a celebração de termos de compromisso provisórios entre o poder público e as atuais prestadoras, com a intenção de garantir, dentre outros objetivos, o compartilhamento de informações necessárias à modelagem do processo licitatório correspondente.

4 DO ACORDO FIRMADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 0900777-18.2018.8.24.0023 - A CRIAÇÃO DE UM REGIME DE TRANSIÇÃO APTO A PERMITIR A REGULAR CONCESSÃO DO SERVIÇO

Diante de um cenário de difícil solução, no qual se exigia a realização da licitação para a delegação do serviço de transporte público rodoviário interestadual e da dificuldade no planejamento da solução – tanto que o certame lançado foi invalidado pelo Poder Judiciário – o primeiro passo para a regularização do tema passava, necessariamente, pela criação de um regime de transição apto a conferir, em suma, os seguintes elementos: i) dados, para viabilizar a modelagem do certame a fim de permitir que a delegação fosse feita de maneira regular e atraísse a maior competitividade possível; ii) segurança, uma vez que o acordo previne a judicialização e estabelece um cronograma de atuação administrativa, permitindo o acompanhamento dos órgãos de controle; iii) previsibilidade aos atuais prestadores do serviço, visto que passam a deter um liame jurídico, mesmo que precário, com o poder concedente; iv) continuidade, eficiência e previsibilidade do serviço, ao estabelecer penalidades às prestadoras pelo descumprimento dos compromissos firmados em caso de falhas no atendimento à população e; v) efetividade da fiscalização operada pela agência fiscalizadora.

Importa ressaltar que, em que pese prestarem o serviço despojado de uma relação jurídica válida – contrato administrativo derivado da regular concessão – os operadores atuam numa área essencial à população e cuja interrupção dos serviços tem o condão de causar danos imensuráveis à sociedade catarinense, com a privação de um direito social previsto constitucionalmente.

E, diante da complexidade derivada da aplicação fria da tradicional teoria de nulidades no âmbito do direito administrativo (efeitos *ex tunc* e poder-dever de sua declaração, por exemplo), numa situação na qual a interrupção dos serviços é inteiramente desaconselhada, a atuação administrativa buscou olhares prospectivos, notadamente no que dispõe o art. 21 da LINDB e nas preocupações que viriam a ser confirmadas no art. 147 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo: nas consequências jurídicas.

Com esse espírito, foi celebrado o acordo com o Ministério Público estadual, pre- vendo um prazo de pouco mais de três anos para a regularização do modal rodoviário do sistema de transporte coletivo interestadual como um todo, estabelecendo desde regras de modernização – como a utilização de um sistema de bilhetagem eletrônica – até o cronograma do futuro certame, desde a fase interna até a publicação do edital.

Por sua vez, a fim de regular a atuação das atuais prestadoras do serviço, foi prevista, no acordo, a possibilidade de assinatura de termos de compromisso entre o poder concedente e as operadoras, garantindo – com efeitos prospectivos – direitos relativos à concessão (como reajustes tarifários e ajustes operacionais) e, na via oposta, a fixação de critérios claros de regulação, permitindo uma atuação mais efetiva dos órgãos de controle na fiscalização da atividade, em especial à agência reguladora estadual – a ARESC.

Tais termos de compromisso foram firmados com as empresas operadoras, contando com ampla adesão,¹⁰ restabelecendo um mínimo liame jurídico entre o poder concedente e aquelas que – ao menos de fato – exercem a posição de concessionárias, instrumento este apto a permitir o cumprimento do desiderato principal do regime de transição estabelecido: a obtenção de dados técnicos para a modelagem da futura licitação da concessão do serviço.

5 CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO COM OS INTERESSADOS

No contexto relatado, a formalização de termos de compromisso¹¹ com as empresas operadoras objetivou “permitir que a continuidade e a qualidade da prestação do serviço sejam mantidas em condições de atendimento adequado à demanda, estando os termos de compromisso provisórios sujeitos à fiscalização dos órgãos competentes”.¹²

Em razão da não existência de contratos ou outros instrumentos jurídicos vigentes entre poder concedente e operadoras, a fiscalização do serviço era prejudicada. A despeito dos inúmeros problemas causados à população atingida (a exemplo de interrupção total de linha, notadamente em virtude dos impactos na demanda causados pela pandemia de Coronavírus) e da envergadura constitucional dos direitos envolvidos, eventuais penalidades impostas não surtiam o efeito esperado.

10 Aderiram ao acordo empresas representantes de 96,1% das linhas de transporte rodoviário interestadual.

11 Os termos de compromisso firmados estão disponíveis no Sistema de Gestão de Protocolo Eletrônico do Governo de Santa Catarina (SGPe), em 70 (setenta) processos relacionados ao tema, a exemplo do SIE 35597 /2021.

12 Cláusula Segunda do acordo firmado na Ação Civil Pública n. 09000777-18.2018.8.24.0023 (processo SIE 21510/2021).

Nesse cenário, a celebração de termo de compromisso, contendo descrição de todas as linhas, horários e demais dados operacionais a serem observados pelas prestadoras, possibilita a manutenção do serviço de forma contínua e adequada durante todo o processo de regularização, bem como uma atuação mais efetiva da agência reguladora estadual.

A transitoriedade do compromisso é expressa em sua Cláusula Terceira – que prevê vigência de 36 (trinta e seis) meses, prorrogáveis por 12 (doze) meses – mas, principalmente, pela possibilidade de sua imediata extinção quando atingido o seu propósito: “a partir do início da vigência dos contratos celebrados com os vencedores do processo licitatório lançado pelo ente público titular para delegação das linhas”.¹³ Com isso, o problema de fundo que deu ensejo à celebração dos compromissos estará solucionado, diante do que não mais se justifica o regime de transição.

Sob o viés da modelagem do futuro processo licitatório, e não apenas da manutenção da prestação do serviço em si, os termos de compromisso propiciam importante passo em direção à regular delegação: a adesão das operadoras à implantação de sistema de bilhetagem eletrônica e a transmissão das informações daí decorrentes ao ente público delegante.

Os dados atualmente em posse do ente público são autodeclarados pelas empresas, e não fidedignos ou auditáveis. O serviço de bilhetagem eletrônica supre essa necessidade e permite a obtenção de informações confiáveis, imprescindíveis não só ao agrupamento sustentável das linhas¹⁴ e à modelagem do futuro processo licitatório, como também ao planejamento de expansão e melhorias futuras no serviço.

A coleta de dados permitirá, também, a obtenção de fundamentos para revisões tarifárias com vistas à garantia de sua modicidade e continuidade do serviço.

Sem a firmatura dos compromissos, seria impraticável determinar, compulsoriamente, a instalação dos equipamentos necessários e o envio de informações ao poder concedente.

Ausentes essas informações, eventuais editais de licitação lançados pelo ente público estadual estariam sujeitos a questionamentos e nulidades, a exemplo do ocorrido com o Edital n. 003/2016, cuja nulidade restou declarada nos autos do Mandado de Segurança n. 0304261-27.2017.8.24.0023/SC.

Cumpridos os compromissos firmados, o poder concedente terá condições de elaborar e executar processo licitatório para a delegação do serviço público de transporte intermunicipal de passageiros, cujo lançamento do edital está previsto para fevereiro de 2024.

¹³ Cláusula Terceira, parágrafo segundo do Termo de Compromisso Provisório firmado com as empresas transportadoras.

¹⁴ A sustentabilidade do serviço de transporte intermunicipal perpassa pelo agrupamento em blocos de linhas superavitárias e deficitárias, de modo a garantir tanto a atratividade das linhas aos concessionários quanto a universalidade do atendimento da população.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou descrever, de forma breve, a atuação administrativa que resultou no modelo de regularização precária das delegações do serviço de transporte rodoviário interestadual no âmbito do Estado de Santa Catarina, com a apresentação dos mecanismos jurídicos utilizados para tanto, dada a ênfase à solução consensual da questão.

Apesar da singularidade do problema exposto, o modelo utilizado pode servir de parâmetro para outras atuações no âmbito catarinense, bem como no que concerne à busca por regularizações semelhantes por outros entes da federação, com as devidas adaptações.

Os desafios relacionados a soluções como a presente são vários – em especial, na interface com os variados órgãos de controle –, mas demonstram que, mesmo situações historicamente alijadas de uma atuação estatal regular, deixam espaço para a criação de regimes de transição aptos a atingirem a finalidade pública e permitirem uma atuação administrativa eficiente.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 5 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1 Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 4 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-4657compilado.htm Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 253.885/MG**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322> Acesso em: 17 jun. 2022.

COLETTO, Bruno Irion. A evolução da noção de consensualidade no Direito Administrativo e o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, ano 19, n. 74, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/42115/94220> Acesso em: 17 jun. 2022.

FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Feres. **Autorização de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Coluna Direito do Estado**, Ano 2016, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle> Acesso em: 25 maio 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; GUERRA, Sérgio. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, ano 16, n. Especial, out. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316> Acesso em: 10 jun. 2022.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, ano 20, n. 223, p. 1, jul. 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/138/41945/91910> Acesso em: 19 jun. 2022.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html Acesso em: 7 maio 2022.

SANTA CATARINA. Portaria Conjunta SIE/ARESC/SUDERF n. 690/2020. **Diário Oficial do Estado - SC**, n. 21.363, 29 set. 2020. Disponível em: <https://sigio2.doe.sea.sc.gov.br/sigio/Portal/VisualizarJornal.aspx?tp=pap&cd=2489> Acesso em: 17 jun. 2022.

SANTA CATARINA. **Lei Complementar n. 741, de 12 de junho de 2019**. Dispõe sobre a estrutura organizacional básica e o modelo de gestão da Administração Pública Estadual, no âmbito do Poder Executivo, e estabelece outras providências. Florianópolis, SC: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 12 de junho de 2019. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2019/741_2019_lei_complementar.html Acesso em: 10 jun. 2022.

SANTA CATARINA. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Florianópolis. **Ação Civil Pública nº 0900777-18.2018.8.24.0023**. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Réus: Estado de Santa Catarina e outros. Distribuído em: 03 jul. 2018.

SANTA CATARINA. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Florianópolis. **Mandado de Segurança n. 0304261-27.2017.8.24.0023**. Impetrante: Nevatur Transportes e Turismo. Impetrado: Presidente do Departamento de Transportes e Terminais (DETER). Distribuído em: 26 abr. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2002.006442-0**, da Capital, Relator: Cláudio Valdyr Helfenstein, Tribunal Pleno, julgado em 05-08-2009. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQA-ABAADAHUAAA&categoria=acordao Acesso em: 19 jun. 2022.

SANTA CATARINA. Governo de Santa Catarina. **Relatório Executivo**: proposta de regularização do transporte intermunicipal de passageiros de Santa Catarina. Disponível em: <https://site.deter.sc.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Relat%C3%B3rio-Executivo-Planejamento-STRIP-v.3.docx.pdf> Acesso em: 30 abr. 2022.

SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Administração. **Sistema de Gestão de Protocolo Eletrônico**. Disponível em: <https://sgpe.sea.sc.gov.br/sgpe/#/container> Acesso em: 27 abr. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: O Novo Olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4378/4577/34519> Acesso em: 19 jun. 2022

ATIVISMO JUDICIAL E O TEMA 793 DO STF

Flávia Dreher de Araujo¹

RESUMO

Segundo Ronald Dworkin, o ativismo judicial constitui, em alguns casos, uma atividade necessária a ser utilizada pelo poder judiciário para a proteção de direitos sociais. O presente artigo analisará se há justificativa para a interpretação ativista dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 23, inciso II, da Constituição Federal no Tema 793, já que o Sistema Único de Saúde possui normas claras de repartição de competências dos entes públicos nas prestações à saúde e que devem ser aplicadas às decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos. Abordando o pragmatismo de Richard Allen Posner, analisar-se-á, também, o quanto essa interpretação prejudica os entes públicos, principalmente os Estados Federais. O método utilizado foi o indutivo, e a técnica aplicada foi a de revisão bibliográfica, análise de jurisprudência e de dados numéricos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Tema 793; Supremo Tribunal Federal; Ronald Dworkin; Richard Posner.

1 INTRODUÇÃO

Partindo de alguns conceitos de ativismo judicial, será analisado se o direito social à saúde já não é plenamente protegido pela legislação sanitária pátria, sendo desnecessária a atuação ativista do poder judiciário, principalmente no que tange às competências dos entes federativos na prestação deste direito social.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196 e seguintes, prevê que o direito à saúde é um direito de todos e obrigação do Estado, mas ressalta que a garantia a este direito será feita mediante políticas sociais e econômicas.²

Por sua vez, o artigo 23, inciso II da Constituição Cidadã, prevê a competência comum dos entes federativos, União, Estados, Municípios e Distrito Federal em “cuidar da saúde e assistência pública”.

Desde 2010,³ o Supremo Tribunal Federal tem interpretado que o artigo 23, inciso II, aplicado à judicialização da saúde, prevê uma responsabilidade solidária dos entes federativos, ou seja, se um cidadão busca o atendimento de um pleito relativo à saúde pela via judicial, este pode acionar qualquer um dos entes federativos (União, Estados ou Municípios).

O Tema 793, como se verá no desenvolvimento deste artigo, ainda que não tenha transitado em julgado, consolidou este entendimento, embora o Ministro Edson

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

2 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm Acesso em: 20 maio 2022.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 808.059, do Rio Grande do Sul, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 3 de agosto de 2010.

Fachin tenha feito algumas ressalvas às competências privativas dos entes federativos que estão previstas na Lei n. 8.080/90 e nos seus regulamentos.

Será examinado se há justificativa para a interpretação ativista praticada pelo poder judiciário quando este interpreta que o artigo 23, inciso II da Constituição Federal traz uma solidariedade dos entes federativos para a prestação da saúde coletiva.

E, por fim, considerando os ensinamentos de Richard Posner, será visto o quanto essa interpretação tem prejudicado os orçamentos dos Estados da Federação, uma vez que a maioria das concessões judiciais de medicamentos deveriam ser financiadas pela União Federal.

2 ATIVISMO JUDICIAL

The Federalist Papers, a famosa obra que reuniu oitenta e cinco ensaios escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay e que explicou e apoiou a ratificação da Constituição Americana, promulgada no ano 1787, deixava clara a utilização das teorias políticas de Montesquieu, que previam a independência e separação dos três poderes da República, ou seja, o Legislativo, Executivo e o Judiciário. Entretanto, James Madison ressaltou que o princípio da independência dos poderes não desconectava um poder do outro, mas também deixava claro que nenhum desses poderes interferiria na administração dos outros.⁴

Já na visão do autor Alexander Hamilton, o papel do Poder Judiciário é tão somente o de interpretar leis, declarando seu sentido ou analisando a sua constitucionalidade. O julgamento sobre a constitucionalidade das leis não é considerado uma intervenção indevida sobre o Poder Legislativo, mas tão-somente uma garantia de que os cidadãos não serão obrigados a cumprir uma lei editada em desconformidade com a Constituição Federal.⁵

Verifica-se que os autores da obra *The Federalist Papers* tinham uma visão positivista das funções do Poder Judiciário, uma vez que entendiam que os magistrados deveriam se ater à letra da lei e dos precedentes existentes para exercerem suas funções jurisdicionais.

A maioria dos juristas que escrevem sobre o ativismo judicial enxerga a sua origem nos Estados Unidos, mais precisamente na decisão proferida no caso *Lochner v. New York*, de 1905, onde a Suprema Corte dos EUA invalidou a intervenção estatal no domínio econômico, sob o argumento de que o princípio da liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal previsto na seção 1 da 14^a Emenda à Constituição.⁶

Mas foi num contexto de necessidade de proteção às pessoas marginalizadas e excluídas de direitos sociais, como os do sistema educacional e do mercado de tra-

4 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Mineola: Dover Thrift Editions, 2020. p. 235/257; artigos 47 a 51 da obra.

5 *Ibid.*, p. 378/417; artigos 78 a 83 da obra.

6 TEIXEIRA, Anderson. Vichinski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 38, junho 2012.

balho, que o ativismo judicial norte-americano passou a ter uma grande importância na defesa desses cidadãos.⁷

Ronald Dworkin “concebe o ativismo do Poder Judiciário como forma de proteção dos direitos constitucionais, ‘o caminho para a corte cumprir sua função e servir os cidadãos pela justiça pública’”.⁸

Em outra obra sua, *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin destaca um período que durou de 1953 a 1969, chamado de Corte Warren, onde a Suprema Corte americana formulou decisões históricas a favor da integração racial e da expansão das liberdades civis.⁹

Como se pode ver, a questão do ativismo judicial surge a partir de questionamentos relativos às omissões do Poder Legislativo e Executivo, especialmente no que tange às políticas sociais e aos direitos fundamentais.

No Brasil, o ativismo judicial passou a ter destaque após a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que muitos dos direitos fundamentais e sociais nela previstos não possuíam regulamentação necessária para sua implementação.

Para Barroso, “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.¹⁰

No presente artigo não se quer tomar uma posição contra o ativismo, já que este pode se demonstrar necessário em muitos casos em que realmente exista uma omissão do Poder Legislativo ou Executivo acerca de direitos fundamentais ou sociais.

Um exemplo disso foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277, que teve como relator o brilhante Ministro Ayres Britto, onde a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar, a despeito do parágrafo 3º do artigo 226, da Constituição Federal e do art. 1.723 do Código Civil estabelecerem como entidade familiar a união estável entre *o homem e a mulher*. Consta da ementa do acórdão:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.¹¹

No caso mencionado, esperar, em uma sociedade ainda retrógrada como a brasileira, que o Poder Legislativo altere a Constituição e o Código Civil para autorizar

7 *Ibid.*, p. 40.

8 DWORKIN, Robert. Justice in robes. Massachusetts: Harvard University, 2006. In: VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf Acesso em: 20 maio 2022.

9 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010. p. 206.

10 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 25. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em: 20 maio 2022.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277, DF. Relator Ministro Ayres Britto, publicada em 14 out. 2011.

que casais homoafetivos tenham os mesmos direitos que casais heteroafetivos, justificando uma interpretação ativista por parte da Suprema Corte.

Entretanto, o que se pretende demonstrar nestes escritos é que não existe a necessidade de o Supremo Tribunal Federal se utilizar de uma atitude ativista, expandindo a interpretação ao artigo 23, inciso II, da Carta Magna, para autorizar que, na judicialização da saúde, a parte autora possa acionar qualquer ente público, já que as normas que regulamentam a Saúde fazem uma clara separação das competências que os entes da federação têm para entregar o direito à saúde à população.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Para Barroso, a judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário”.¹² Ele salienta que a judicialização e o ativismo são primos, mas que não têm a mesma origem. “A judicialização, no contexto brasileiro é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.¹³

São dadas muitas justificativas para a judicialização da saúde no Brasil. Para quem trabalha na área, verifica-se que um dos motivos para a excessiva judicialização é a falta de conhecimento da população quanto às políticas públicas existentes e a forma de como acessá-las. A maior parte da população ainda relaciona o Sistema Único de Saúde a atendimentos em hospitais públicos, que, muitas vezes, por estarem sobrecarregados, acabam por deixar a desejar no atendimento aos cidadãos. No entanto, o que os cidadãos ignoram é a ampla gama de políticas públicas elaboradas pelo Sistema Único de Saúde, que tem seus princípios e diretrizes estabelecidos nos artigos 196 a 198 da Constituição Federal.

Um exemplo de política pública importante da saúde é a Política Nacional de Medicamentos, instituída pelo Ministério da Saúde, por meio da Portaria n. 3.916/MS/GM.¹⁴ Recentemente, o Ministério da Saúde inseriu essa política no Anexo XXVII, da Portaria de Consolidação n. 2, de 28 de novembro de 2017,¹⁵ e estabeleceu no Anexo I, do Anexo XXVII, que “o seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”.¹⁶

A maior parte da judicialização da saúde no Brasil tem relação com pleitos de tratamentos medicamentosos. A falta de conhecimento de que cada ente federativo possui as suas competências próprias, inclusive no fornecimento de fármacos, acaba por gerar uma interpretação ativista e simplista do artigo 23, inciso II, da CF, como se verá mais adiante.

12 BARROSO, Luiz Roberto. Op. Cit., p. 24.

13 *Ibid.*, p. 25

14 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis>.

15 BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria de Consolidação n. 2, de 28 de setembro de 2017**. Consolidação das normas sobre políticas nacionais de saúde do Sistema único de Saúde. Anexo XXVII. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizConsolidacao/Matriz-2-Politicas.html> Acesso em: 11 ago. 2021.

16 *Ibid.* Anexo I, do Anexo XXVII.

4 A REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS – LEI ORGÂNICA DA SAÚDE N. 8.080/90 E OUTRAS NORMAS DO SUS

A Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, delimitou a repartição de competências da União, Estados e Municípios no que tange às obrigações à prestação ao direito à saúde. As competências de cada ente federado estão definidas nos artigos 16 a 18 desta lei.

Demarchi e Fontana (2020) resumem, de maneira geral, as responsabilidades de cada ente:¹⁷

- a) a União tem a responsabilidade de coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos, além de planejar e fiscalizar o SUS em todo país;
- b) os Estados, por sua vez, devem criar suas próprias políticas de saúde e ajudar na execução das políticas nacionais aplicando recursos próprios, assim como devem auxiliar técnica e financeiramente os municípios e executar supletivamente as ações e serviços de saúde. [...];
- c) os municípios devem garantir os serviços de atenção básica à saúde na sua localidade, mesmo que em parceria com os demais entes federativos.

Como se viu no item anterior grande parte da judicialização da saúde no Brasil refere-se a pleitos de fornecimento de medicamentos.

A Política Nacional de Medicamentos prevê a distribuição de fármacos da Relação Nacional de Medicamentos, conhecida como RENAME, que é composta de medicamentos para doenças estratégicas como a AIDS, tuberculose, hanseníase, diabetes, e, além disso, inclui o fornecimento de medicamentos integrantes da farmácia básica e de medicamentos de alto custo.

A RENAME é elaborada com base em estudos científicos formulados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, a CONITEC, a qual, segundo o art. 19-Q Lei 8.080/90, tem por objetivo o assessoramento do Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos no SUS.

Em razão da divisão de competências prevista na legislação do SUS, o artigo 3º, do Anexo XXVII, da Portaria de consolidação n. 2,¹⁸ estruturou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) da assistência farmacêutica em cinco categorias: a) Componente Básico; b) Componente Estratégico; c) Componente Especializado; d) relação de insumos; e e) medicamentos de uso hospitalar.¹⁹

De todas as categorias, para fins deste artigo, as mais importantes são o componente básico e o especializado, cujas definições, responsabilidades executivas e

17 DEMARCHI, Clóvis; FONTANA, Douglas Cristian. Impactos das demandas judiciais no dever do Estado de prestar assistência farmacêutica. *Revista de Informação Legislativa*, a. 57, n. 226, p. 120, abr/jun 2020.

18 BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria de Consolidação n. 2, de 28 de setembro de 2017**. Consolidação das normas sobre políticas nacionais de saúde do Sistema único de Saúde, Anexo XXVII.

19 Este e os próximos quatro parágrafos constam em ARAUJO, Flávia Dreher. **O TEMA 793 do Supremo Tribunal Federal e o Litisconsórcio Passivo Necessário da União**. Tese aprovada no Congresso dos Procuradores de Estado. 2021. Disponível em: http://congressoprocuradores.com.br/2021/media/com_submissoes/files/Artigo-Litisconsorcio-necess-rio-tema-793---Congresso-ANAPE2021-09-22-13-20-43.pdf Acesso em: 20 maio 2022.

financeiras estão elencadas no Anexo XVIII, da Portaria de Consolidação n. 2, de 28 de setembro de 2017.²⁰

O artigo 34, do Anexo VIII, da Portaria de Consolidação n. 2 estabelece que o Componente Básico “destina-se à aquisição de medicamentos e insumos, incluindo-se aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da Atenção Básica à Saúde”. A execução das ações e serviços deste componente (art. 38), bem como a seleção, programação, aquisição, armazenamento, distribuição e dispensação dos medicamentos e insumos, constantes dos Anexos I a IV da RENAME vigente (art. 39), é responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O financiamento desse componente pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal ainda é regulamentado pelo artigo 3º, da Portaria 1555, de 30 de julho de 2013,²¹ que não foi revogado pela Portaria de Consolidação n. 2.

Já o Componente Especializado vem definido no artigo 48 como

[...] uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.

O artigo 49 divide o Componente Especializado em três grupos, conforme responsabilidade financeira e de aquisição:

I – Grupo 1, que é composto por medicamentos sob responsabilidade financeira do Ministério da Saúde e é subdividido em:

- a) Grupo 1A, cuja aquisição é centralizada pelo Ministério da Saúde;
- b) Grupo 1B, cujos recursos são transferidos pelo Ministério da Saúde para que os Estados e Distrito Federal os adquiram e dispensem.

II – Grupo 2: “medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica”;

III – Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

Como se vê, a repartição de competências dos entes federados na Política Nacional de Medicamentos é extremante estruturada e clara, não havendo justificativa para que se mantenha a interpretação do STF quanto ao artigo 23, inciso II, da CF, de que a responsabilidade é solidária quando se tem a judicialização.

20 BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria de Consolidação n. 2, de 28 de setembro de 2017**. Consolidação das normas sobre políticas nacionais de saúde do Sistema único de Saúde, Anexo XXVIII.

21 BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 1.555, de 30 de julho de 2012**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis> Acesso em: 20 maio 2022.

5 ARTIGO 23, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SOLIDARIEDADE INEXISTENTE²²

A Carta Magna de 1988 estabeleceu que o Brasil é uma República Federativa, a qual, segundo o artigo 18, é uma organização político-administrativa que compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.²³

A CRFB/88 estabeleceu 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. Nesse modelo, previram-se as hipóteses de competência legislativa concorrente e competências materiais comuns (artigo 23).

O artigo 23 da CRFB/88 trata das competências de natureza material e que são comuns aos entes federativos, ou seja, as competências que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios compartilharão, entre si, para a prestação de serviços em tais matérias.²⁴ 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 sua população.²⁵

Segundo José Afonso Silva (*apud* MOHN), o princípio geral que prevalece na repartição de competências entre os entes federativos “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”.²⁶

Apesar de se perceber que o direito à saúde previsto no artigo 23, inciso II, da CRFB/88, deve ser entendido como um direito material cuja execução é matéria comum entre os entes federativos, e que a ele deve ser aplicado o princípio da predominância do interesse, ou seja, cada ente federativo deve executá-lo em conformidade com as atribuições estabelecidas em leis ordinárias, como a Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro 1990,²⁷ e o seu Decreto regulamentador de n. 7.508, de 28 de junho de 2011,²⁸ 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

²² Este item consta em ARAUJO, Flávia Dreher. *Op. Cit.*

²³ 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: 20 maio 2022.

²⁴ VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista de Direito Administrativo**, 187, p. 14, s. d.

²⁵ 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, consulta em 11 de julho de 2021

²⁶ SILVA *apud* MOHN, Paulo. A repartição de competência na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, ano 47 n. 187, p. 219, jul./set. 2010.

²⁷ BRASIL. **Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em: 20 maio 2022.

²⁸ BRASIL. **Decreto n. 7508, de 28 de junho de 2011.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm Acesso em: 21 maio 2022.

federação prestar serviços de atendimento à saúde da população, desimportando o fato de haver a repartição de responsabilidades entre os Entes Federados”.²⁹

Ao julgar que o direito à saúde, previsto no artigo 23, inciso II da CRFB, é solidário, no sentido de que todos os entes da federação têm a mesma competência material de fornecimento de tratamentos, o Supremo Tribunal Federal, segundo Lenir Santos, feriu uma das regras de ouro do SUS, que

[...] 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.³⁰

O artigo 23, inciso II, da CRFB/88 não pode ser interpretado sozinho sem levar em consideração os artigos 196 e 198 do mesmo diploma.

Renato Luís Dresch, ao comentar a interpretação dada pelo STF, disse o seguinte:

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 n. 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 serviços similares a fim de atender uma mesma finalidade. Nesse caso também haveria ofensa ao princípio da economicidade.³¹

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 inflexível, os tribunais não somente 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, mas também praticaram ativismo judicial sem que houvesse a necessidade de expandir o sentido e alcance desse dispositivo, já que as leis e regulamentos do Sistema Único de Saúde claramente distribuem as competências de cada ente federativo na entrega do direito à saúde.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 808.059, do Rio Grande do Sul, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 3 de agosto de 2010.

30 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 jun. 2019.

31 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.

6 TEMA 793 – CONSEQUÊNCIAS DA MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DA SOLIDARIEDADE

A ementa da tese do Tema 793³² estabeleceu o seguinte:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, **são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde**, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (grifo nosso).

Como se vê, o entendimento da solidariedade dos entes federativos foi mantido no Tema 793. O Relator do processo, Ministro Edson Fachin, estabeleceu algumas premissas que flexibilizaram a solidariedade, mas, mesmo assim, ela foi mantida. As premissas de número 2 e 3, inclusive, admitem que, em razão da legislação concernente ao direito sanitário brasileiro, cada ente público tem o dever de responder por prestações específicas, senão veja-se:

- 2) Afirmar que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles(entes), isoladamente ou conjuntamente” significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas, que devem ser observadas em suas consequências de composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário;
- 3) Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde.

O que se pretende demonstrar aqui é que essa interpretação ativista criada pelo Supremo Tribunal Federal, de que, na judicialização da saúde, o paciente pode pleitear de qualquer ente público a prestação na saúde, ainda que com algumas mitigações, tem prejudicado sobremaneira os Estados e os Municípios.

Não se pode deixar de analisar o presente tema sob o ponto de vista pragmático de Richard Posner que, apesar de entender que os juízes são agentes políticos que também devem participar do governo, ressalta que eles devem guiar suas decisões com o intuito de maximizar as riquezas e focar nas consequências para o atingimento de um resultado razoável, ou seja, a construção de um país melhor.³³

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020).

33 ZANON, Orlando Luiz Júnior. Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner. *Revista Direito e Liberdade-RDL*, v. 15, n. 3, p. 96-119; 109, set./dez. 2013.

Demonstrar-se-á no próximo item, por meio de dados coletados pela Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Santa Catarina, que a manutenção da decisão que estabelece a solidariedade passiva irrestrita dos entes públicos nos pleitos judiciais relativos à saúde acaba por sobrecarregar demasiadamente os Estados.

7 A DISCREPÂNCIA DEMONSTRADA EM NÚMEROS

Antes de trazer os números levantados pela Secretaria de Estado da Saúde, é importante fazer uma explicação sobre os medicamentos que são judicializados, as categorias a que pertencem, e de quem é a responsabilidade pela sua aquisição e/ou financiamento.

Viu-se no tópico 4 deste artigo que a Política Nacional de Medicamentos tem as seguintes divisões:

- a) O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), que tem duas divisões principais: a) Grupo 1, que é subdividido em 1A, cujo financiamento e aquisição dos medicamentos que o compõem são responsabilidade do Ministério da Saúde; e 1B, cujo financiamento é responsabilidade do Ministério da Saúde e a aquisição pelos Estados; b) o grupo 2, cujo financiamento e aquisição são de responsabilidade dos Estados;
- b) O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF), cuja aquisição e financiamento são de responsabilidade do Ministério da Saúde;
- c) O Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF), cujo financiamento é dos três entes (União, Estados e Municípios) e cuja aquisição é responsabilidade das Secretarias Municipais de Saúde.

É importante trazer uma explicação sobre a assistência oncológica no SUS, que não é prevista como uma política de assistência medicamentosa, mas sim como um tratamento integral, que envolve diagnóstico, tratamentos ambulatoriais, hospitalares, medicamentosos, paliativos e atendimento domiciliar. Quem é responsável pelo financiamento desses tratamentos é o Ministério da Saúde, e são judicializados diversos fármacos para o tratamento de câncer.

Ressaltam-se, ainda, os medicamentos não padronizados, que são aqueles que são pleiteados pela via judicial e que não fazem parte de nenhuma política pública de saúde. Se um dia viessem a fazer parte de alguma política a competência para sua incorporação seria por meio da análise prévia e da recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) e, por conseguinte, de decisão do Ministério da Saúde. Portanto, cabe à União o seu financiamento.

Por fim, há a judicialização dos medicamentos importados, que não possuem registro na ANVISA ou cuja comercialização ainda não foi autorizada no país.

Conforme se extrai do processo administrativo PGE 2808/2022, no Ofício n. 001/2022, de 26 de abril de 2022,³⁴ atualmente a SES conta com 19.221 pacientes

34 BRASIL, SANTA CATARINA, Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo>. Informe o processo PGE 00002808/2022 e o código OJQT2H02 Acesso em: 12 jun. 2022.

judiciais ativos, atendidos com 1.994 medicamentos diferentes. O valor gasto para atendimento dessas demandas gira em torno de 43 milhões de reais mensais, assim distribuídos:

COMPONENTE	VALOR GASTO MENSALMENTE	ENTE RESPONSÁVEL PELO FINANCIAMENTO
CEAF - Grupo 1 A	R\$ 6.811.106,46 milhões de reais	União
CEAF – Grupo 1 B	R\$ 1.318.900,64 milhões de reais	União
CEAF – Grupo 2		Estados
CESAF	R\$ 61.888,11 mil reais	União
CBAF	R\$ 33.833,40 mil reais	Municípios
ONCOLOGIA	R\$ 829.690,03 mil reais	União
NÃO PADRONIZADOS (não se enquadram nas categorias anteriores)	R\$ 33.279.613,83 milhões de reais	União
IMPORTADOS (não padronizados, sem registro na ANVISA)	R\$ 1.707.678,92 (milhão de reais)	União

Como se vê, dos 43 milhões gastos mensalmente apenas pelo Estado, somente 114 mil reais são de sua responsabilidade, e 33 mil dos Municípios; o restante, ou seja, 42.853 milhões deveriam ser pagos pela União. Em percentual, praticamente 99,9% do que o Estado gasta com medicamentos judiciais deveriam ser pago pela União.

8 CONCLUSÃO

Como se viu, admite-se o ativismo judicial somente naqueles casos em que os direitos fundamentais e sociais, por algum motivo, não são regulamentados pelos poderes legislativo e executivo.

Partindo-se desse pressuposto, viu-se que para a prestação do direito à saúde, a legislação sanitária no Brasil (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite, e as Portarias de Consolidação do SUS) estabelece com clareza as competências de cada ente da Federação na prestação do direito à saúde.

Diante disso, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, ou seja, a decisão que autoriza que na judicialização da saúde a parte autora possa acionar qualquer ente público, se analisada sob o ponto de vista ativista, não tem razão de existir, já que há ampla normatização que regulamenta as competências dos entes federativos na prestação do direito à saúde.

Se analisados os números no Estado de Santa Catarina (item 6 deste artigo), essa decisão do STF contraria os ensinamentos de Posner, para quem o ativismo teria

o intuito de maximizar as riquezas para o atingir um resultado razoável, ou seja, a construção de um país melhor.

A interpretação de que o artigo 23, inciso II, da CF traz a solidariedade para acionar judicialmente qualquer ente público na judicialização da saúde implica impactos orçamentários e financeiros extremamente prejudiciais aos Estados, uma vez que é a União quem arrecada a maior parte dos recursos que deveriam ser destinados à saúde, e, por isso, segundo o ordenamento sanitário, é quem possui as maiores responsabilidades na prestação desse direito à população.

Essa interpretação ativista não ajuda a maximizar as riquezas e não constrói um país melhor. O Sistema Único de Saúde, que é regido pelo princípio da universalidade, deveria beneficiar o maior número possível de pessoas e focar principalmente em medidas de prevenção.

Por isso, entende-se que, como o Tema 793 ainda não transitou em julgado, ainda há tempo de o Supremo Tribunal Federal rever a sua decisão e deixar bem claro que, na eventualidade da necessidade de se acionar o Poder Judiciário para buscar algum direito à saúde, devem ser respeitadas as competências de cada ente federativo estabelecidas nas normas sanitárias pátrias.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Flávia Dreher. **O TEMA 793 do Supremo Tribunal Federal e o Litisconsórcio Passivo Necessário da União**. Tese aprovada no Congresso dos Procuradores de Estado, Link http://congressoprocuradores.com.br/2021/media/com_submissoes/files/Artigo-Litisconsorcio-necess--rio-tema-793---Congresso-A-NAPE2021-09-22-13-20-43.pdf Acesso em: 20 maio 2022.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 25. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em: 20 maio 2022.

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: 20 maio 2022.

BRASIL, **Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm Acesso em: 11 junho 2022.

BRASIL, SANTA CATARINA, Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo>. Informe o processo PGE 00002808/2022 e o código 0JQT2H02 Acesso em: 12 jun. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277**, DF. Relator Ministro Ayres Britto, publicada em 14 out. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria de Consolidação n. 2, de 28 de setembro de 2017**. Consolidação das normas sobre políticas nacionais de saúde do Sistema único de Saúde. Anexo XXVII. Disponível em <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/Matriz-2-Politic.html> Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 1.555, de 30 de julho de 2012**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis> Acesso em: 20 maio 2022

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 3916, de 30 de outubro de 1998**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis> Acesso em: 21 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 808.059, do Rio Grande do Sul, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 3 de agosto de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário 855178 ED. Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSÃO GERAL - MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020)

DEMARCHI, Clóvis; FONTANA, Douglas Cristian. Impactos das demandas judiciais no dever do Estado de prestar assistência farmacêutica. **Revista de Informação Legislativa**, a. 57 n. 226, p. 120, abr/jun 2020.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. Artigo *In*: SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda (org.). **Judicialização da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. p. 25-57.

DWORKIN, Robert. Justice in robes. Massachusetts: Harvard University, 2006. *In*: VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito**: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf Acesso em: 20 maio 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010. p. 206

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. Mineola: Dover Thrift Editions, 2020. p. 235/257.

MOHN, Paulo. A repartição de competência na Constituição de 1988. Citando José Afonso Silva. **Revista de Informação Legislativa**, a. 47, n. 187, p. 219, jul./set. 2010.

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 jun. 2019.

TEIXEIRA, Anderson. Vichinski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 38, jun. 2012.

VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista De Direito Administrativo**, n. 187, p. 14, s. d..

ZANON, Orlando Luiz Júnior. Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner. **Revista Direito e Liberdade-RDL**, v. 15, n. 3, p. 96-119, set./dez. 2013.

NOTAS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE “TETO DE ALÍQUOTA DE ICMS” POR LEI COMPLEMENTAR NACIONAL

João Paulo de Souza Carneiro¹

RESUMO

O presente artigo trata do Projeto de Lei Complementar (PLP) 18/22, que pretende introduzir alterações legislativas prevendo que, para as operações relativas aos combustíveis, ao gás natural, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, é vedada a fixação de alíquotas em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços. Em um primeiro momento, explica-se o cenário no qual veio à lume o referido Projeto de Lei Complementar, selecionando-se os pontos que serão objeto de debate. Em um segundo momento, discutem-se eventuais fragilidades do PLP no tocante à competência legislativa da União para tratar da matéria nele prevista. Na sequência, traçam-se distinções entre o conteúdo do PLP 18/22 e a tese fixada pelo STF para o Tema 745, no qual se firmou o entendimento de que as operações com energia elétrica e serviços de telecomunicações são essenciais, de forma que a elas deve-se aplicar alíquota de ICMS não superior à alíquota padrão. Por fim, lançam-se questionamentos sobre o entendimento adotado pelo STF ao fixar a tese do tema 745, notadamente em face do respeito ao princípio federativo.

Palavras-chave: PLP 18/22; Tema 745 do STF; Princípio federativo.

1 INTRODUÇÃO

Em momentos de crise, os poderes constituídos sentem-se compelidos a “apresentar respostas à sociedade”. O imobilismo diante dos desafios enfrentados pelo cidadão comum, em um regime democrático, tende a ser objeto de críticas, a par de ser um fator levado em conta de forma desfavorável nas eleições.

Neste ano de 2022, pode-se dizer que o Brasil vive uma crise. No momento em que a pandemia de Covid 19 dá sinais de estar perto do fim, eclode a guerra na Ucrânia, impondo novos desarranjos no cenário global e trazendo instabilidade econômica. Além do baixo crescimento, há o recrudescimento da inflação, cuja face mais visível é o aumento constante no preço dos alimentos e dos combustíveis. Para fazer frente a esse aumento, o Poder Legislativo lança o Projeto de Lei Complementar 18/22, que prevê, de uma forma um tanto quanto tortuosa, uma espécie de teto de alíquota de ICMS, não só para as operações com combustíveis, mas também para as operações com energia elétrica, serviços de comunicação e transporte coletivo. A inspiração para a proposição do referido projeto é a tese fixada pelo STF para o Tema 745, que vedou a fixação de alíquotas de ICMS superiores à alíquota padrão para operações com energia elétrica e serviços de telecomunicação.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: jpcarneiro@pge.sc.gov.br

Como quase todo projeto de lei tributária no Brasil, o PLP 18/22 suscita questionamentos quanto à sua constitucionalidade, questionamentos estes que se tornam de particular atenção tendo em vista a vinculação entre o referido projeto e a decisão recentemente tomada pelo STF ao julgar o Recurso Extraordinário n. 714.139/SC.

2 O “TETO DO ICMS” PREVISTO NO PLP 18/22

Neste ano de 2022, o Brasil anda às voltas com a elevação do preço dos combustíveis. Segundo a Edição n. 25/2022 da Síntese Semanal do Comportamento dos Preços dos Combustíveis, publicada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, e que compila dados referentes à semana de 19 a 25 de junho de 2022, o preço da gasolina comum no país teve variação positiva média de 29,75% em doze meses; o do etanol hidratado, 11,90%; e o preço do óleo diesel sofreu o maior aumento dentre os combustíveis mais utilizados pela população: 68,28% desde junho de 2021 (SÍNTESE SEMANAL DO COMPORTAMENTO DOS COMBUSTÍVEIS, 2022, p. 2, 5 e 8). Para se ter uma ideia da magnitude da variação de preços de tais produtos, a inflação média teria atingido 11,73% nos doze meses encerrados em maio de 2022 (IBGE, 2022).

A escalada no preço dos combustíveis traz impactos inegáveis na percepção de bem-estar do cidadão, que passa a ter mais despesas com locomoção, comprometendo parcela maior de sua renda “para encher o tanque do carro”. A par disso, a elevação do preço dos combustíveis, notadamente do óleo diesel, leva a um aumento dos custos de produção que contamina toda a cadeia produtiva, acarretando um acréscimo no valor de venda de outros bens e serviços, reduzindo ainda mais o poder de compra do consumidor final. Usando uma linguagem e uma esquematização simplórias: se o litro do diesel “fica mais caro”, o caminhoneiro tende a aumentar o valor do frete, e, com o aumento do valor do frete, os fornecedores de mercadorias transportadas via caminhão – como alimentos - também “sobem seus preços”. Pode-se dizer que o cidadão comum tende a ser prejudicado de duas formas pela disparada de preços dos combustíveis: de um lado, paga mais para “encher o tanque”, e, de outro lado, também paga mais do que antes para adquirir os mesmos produtos e serviços.

A fim de enfrentar o desafio representado pela elevação dos preços dos combustíveis, os poderes constituídos tomaram algumas iniciativas no decorrer deste ano de 2022: com a finalidade de reduzir o peso dos tributos sobre o preço final de tais produtos, apresentaram-se no âmbito do Poder Legislativo, dentre outros, o Projeto de Lei Complementar 11, instituindo a monofasia tributária do ICMS sobre eles incidente; a “Proposta de Emenda Constitucional do Etanol”, prevendo um regime fiscal diferenciado para esse combustível; e, também, a “Proposta de Emenda Constitucional dos Combustíveis”, dispondo acerca de uma garantia de compensação financeira para os Estados que adotarem alíquota zero para o ICMS incidente sobre o diesel e sobre o gás de cozinha (TRUFFI, 2022). Além de tais propostas, levou-se à apreciação dos legisladores o Projeto de Lei Complementar (PLP) n. 18/22, o qual estabelece que, para fins de tributação pelo ICMS, os combustíveis, assim como o

gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis, de forma que sobre as respectivas operações de comercialização não podem ser fixadas alíquotas em patamar superior àquela incidente sobre as “[...] operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços” (BRASIL, 2022b).

O PLP 18/22 foi aprovado pelas duas casas do Congresso Nacional e, no dia 15 de junho de 2022, encaminhado para sanção presidencial mediante o Ofício n. 417/2022/OS-GSE (BRASIL, 2022a). Para o presente trabalho, interessam os seguintes trechos da proposição legislativa:

Art. 1º A Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 18-A:

“Art. 18-A. Para fins da incidência do imposto de que trata o inciso II do *caput* do art. 155 da Constituição Federal, os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo:

I - é vedada a fixação de alíquotas sobre as operações referidas no *caput* deste artigo em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços;

[...].

Art. 2º A Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 32-A. As operações relativas aos combustíveis, ao gás natural, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, para fins de incidência de imposto de que trata esta Lei Complementar, são consideradas operações de bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

I - é vedada a fixação de alíquotas sobre as operações referidas no *caput* deste artigo em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços;

[...] (BRASIL, 2022b).

Como se pode perceber, na redação do PLP 18/22 uma mesma norma foi expressa em dois enunciados, sendo um inserto no art. 18, § único, I, do Código Tributário Nacional, e outro, no art. 32-A, § 1º, I, da Lei Complementar n. 87/1996. Essa norma contém o seguinte comando: a proibição de fixação de alíquotas sobre as operações referentes à comercialização de combustíveis, gás natural, energia elétrica, comunicações e transporte coletivo em patamar superior ao da alíquota estabelecida para as “operações em geral”. Em outras palavras: é fixado um “teto” de alíquota de ICMS sobre tais operações, correspondente à alíquota prevista para as “operações em geral”. Assim, no caso de Santa Catarina, se observados os termos do PLP 18/22, sobre

as operações com serviços de comunicação, energia elétrica, gasolina automotiva e álcool carburante incidiria a alíquota de ICMS de 17%, fixada para as “operações em geral” pelo art. 19, I, da Lei Estadual n. 10.297/1996, e não mais a alíquota de 25%, prevista para tais operações pelo art. 19, II, “a”, “c” e “d”, da mesma lei (SANTA CATARINA, [2022]).

Na justificação do PLP 18/22, o deputado federal Danilo Forte, do União Brasil do Ceará, observa que tanto a Lei Kandir como o Código Tributário Nacional são omissos quanto à definição da essencialidade da energia elétrica, dos combustíveis, das comunicações e do transporte coletivo, o que “[...] possibilita que os referidos bens e serviços sejam equiparados à bebida, ao cigarro, às aeronaves de passeio, aos perfumes e a outros bens supérfluos para fins de aplicação de alíquotas de ICMS diferenciadas e mais elevadas que a ordinária [...]”, o que violaria o princípio constitucional da seletividade, haja vista que na sociedade brasileira moderna tais itens não poderiam mais “[...] ser considerados ou equiparados aos bens supérfluos, uma vez que são bens e serviços essenciais, devendo se sujeitar a alíquotas ordinárias de impostos como o ICMS ou mesmo a alíquotas reduzidas [...]” (BRASIL, 2022b). No mesmo sentido, em seu parecer sobre o PLP 18/22, o senador Fernando Bezerra Coelho, do MDB de Pernambuco, registra que a inovação legislativa vem ao encontro da implementação do princípio da seletividade no ICMS (BRASIL, 2022e).

Sem entrar na discussão acerca da essencialidade ou “indispensabilidade” da energia elétrica, dos combustíveis, das comunicações e do transporte coletivo, e sem especular acerca da adequação da alíquota incidente sobre as operações relativas a tais bens e serviços, cabe debater a constitucionalidade da fixação, por parte de uma Lei Complementar nacional, de um “teto” de alíquota de ICMS em determinadas hipóteses, uma vez que tal tributo insere-se na competência dos Estados-membros, e não da União.

3 “TETO DO ICMS” VERSUS PRINCÍPIO FEDERATIVO

É possível enxergar no PLP 18/22 o cumprimento de um desiderato constitucional. Ao qualificar os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, os serviços de comunicação e o transporte coletivo como bens e serviços essenciais e indispensáveis, e ao vedar a fixação sobre as respectivas operações mercantis de alíquotas em percentual superior à alíquota padrão ou modal, o referido projeto de lei teria a finalidade de dar concretude ao princípio constitucional da seletividade no ICMS em um instrumento apto para tal – a Lei Complementar.

No parecer levado à apreciação do plenário do Senado, o relator Fernando Bezerra Coelho registra que “[...] o PLP observa todas as exigências constitucionais em relação à legitimidade e à competência legislativa para a sua propositura [...]”, visando a “[...] garantir a aplicação do princípio da seletividade em relação ao imposto” (BRASIL, 2022e), aduzindo, ainda, que o projeto se apoia na competência estabelecida no art. 146, II e III da Constituição. Ora, o entendimento do relator levanta duas questões: 1) o PLP 18/22 observa todas as exigências constitucionais

quanto à legitimidade e à competência legislativa para a sua propositura? E 2) há um princípio da seletividade em relação ao ICMS cuja aplicação deve ser garantida?

Comece-se pela segunda pergunta: a Constituição conta com dois dispositivos atinentes à seletividade. No art. 153, § 3º, estabelece que o IPI será seletivo em função da essencialidade do produto, ao passo que no art. 155, § 2º, III, dispõe que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e serviços (BRASIL, [2022c]). Para José Eduardo Soares de Mello (2020, p. 317), a seletividade “[...] constitui princípio constitucional a ser rigorosamente obedecido no âmbito do IPI, e de modo permitido no caso do ICMS [...]”. Logo, não existiria um princípio da seletividade em relação ao ICMS cuja aplicação deve ser garantida, mas, sim, um princípio da seletividade em relação ao ICMS cuja aplicação pode ser garantida. Garantida por quem? Por quem detém a competência legislativa para disciplinar o imposto, resposta esta que leva à primeira pergunta.

O PLP 18/22 foi proposto na Câmara dos Deputados, órgão do Poder Legislativo federal. Uma leitura apressada da Constituição Federal pode levar ao entendimento de que a competência da União para legislar sobre a matéria estaria prevista no art. 146, II e III, desse diploma, o qual dispõe que cabe à lei complementar regular *as limitações constitucionais ao poder de tributar* (inciso II) e estabelecer *normas gerais* em matéria tributária (inciso III). No entanto, essa leitura apressada não resiste a uma leitura mais atenta: as limitações constitucionais ao poder de tributar estão listadas nos arts. 150 a 152, não havendo em tais dispositivos menção alguma à necessidade de observância de alíquota padrão ou modal – fixada para as “operações em geral” – como limite para a tributação de bens e serviços essenciais ou indispensáveis – há apenas a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV); por sua vez, o dispositivo que consagra a lei complementar como o instrumento adequado para estabelecer normas gerais em matéria tributária traz em si uma norma afirmando que à lei complementar cabe fixar normas gerais, com o perdão da tautologia (BRASIL, [2022c]). Ora, normas gerais não podem descer a minúcias, como determinar os elementos do aspecto quantitativo da hipótese de incidência.

Se o fundamento para a imposição de um teto de alíquota de ICMS não se encontra no art. 146, II e III, da Constituição, tampouco está no art. 155, § 2º, XII, do mesmo diploma, que traça os elementos a serem disciplinados pela Lei Complementar específica para o ICMS:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

II - cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;
- b) dispor sobre substituição tributária;
- c) disciplinar o regime de compensação do imposto;
- d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;
- e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, “a”;
- f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;
- g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados;
- h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b);
- i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço (BRASIL, [2022c]).

Não há, no dispositivo acima transcrito, a previsão de teto de alíquota ou de vinculação de fatos imponíveis a uma alíquota padrão como matérias a serem reguladas por lei complementar. A única regra constitucional que possibilita a fixação de alíquota máxima no ICMS é o art. 155, V, “b”, da Carta Magna, que faculta ao Senado determinar alíquotas máximas nas operações internas “[...] para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros” (BRASIL, [2022c]). No tocante especificamente aos combustíveis definidos na Lei Complementar 192/2022 – gasolina, etanol, diesel, biodiesel e gás liquefeito de petróleo (BRASIL, [2022d]) – as alíquotas do imposto devem ser delimitadas “[...] mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, ‘g’” (BRASIL, [2022c]). Ou seja: nos casos em que o texto constitucional institui comandos acerca do estabelecimento de alíquotas de ICMS, confere tais competências ao Senado, por meio de resolução, ou aos Estados e ao Distrito Federal, mediante deliberação. Inexiste, pois, a concessão de competência legislativa para dispor sobre o assunto ao Congresso Nacional, e não se prevê a lei complementar como instrumento próprio para tal.

Se não há autorização constitucional para o Poder Legislativo da União tratar de teto de alíquota de ICMS ou de vinculação de fatos imponíveis à incidência de uma alíquota padrão por lei complementar, surge a seguinte pergunta: quais entes seriam competentes para dispor sobre tais temas? Ora, só podem ser os entes competentes para instituir o imposto – os titulares do ICMS – que, segundo a Constituição, são os Estados e o Distrito Federal (art. 155, *caput* e II) (BRASIL, [2022c]). Não é por outra razão que as hipóteses constitucionais expressas de definição de alíquotas de

ICMS preveem, como meio adequado para sua realização, deliberação conjunta dos próprios entes federados subnacionais – o mesmo instrumento previsto para a concessão de isenção, incentivos e benefícios fiscais – e resolução do Senado – órgão legislativo de representação dos Estados e do Distrito Federal.

Até aqui podem-se tirar as seguintes conclusões provisórias: 1) ao vedar a fixação de alíquota superior à ordinária nas operações relativas a combustíveis e ao gás natural, o PLP 18/22 choca-se com o art. 155, § 4º, V, “a”, que afirma que tal matéria deve ser objeto de deliberação dos Estados e do Distrito Federal; e 2) ao vedar a fixação de alíquota superior à ordinária nas operações relativas à energia elétrica, comunicações e transporte coletivo, o PLP 18/22 choca-se com o art. 155, *caput*, II, que dá aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS, lembrando-se que o estabelecimento de teto de alíquota até pode ser autorizado, contanto que haja conflito específico entre Estados, por meio de resolução aprovada por dois terços dos senadores.

As conclusões provisórias acima traçadas podem parecer insensíveis a princípios de maior envergadura, apegadas que estariam a regras constitucionais específicas. Essa impressão é desfeita ao considerar-se a natureza política do ICMS, tributo em relação ao qual a União pretende impor um limitador de alíquotas.

O ICMS, tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, qualifica-se como instrumento de ação governamental desses entes, tanto no aspecto fiscal – como fator arrecadatório, de captação de receitas – quanto no aspecto extrafiscal – como fator de incentivo ou desincentivo a determinados comportamentos. Para além disso, dada a adoção da forma federativa pela Constituição Brasileira, consagrada desde já em seu art. 1º, o exercício da competência tributária é indelegável. Acerca do assunto, trata Paulo de Barros Carvalho:

Por certo, se admitimos a tese de que nossa Constituição é rígida e que o constituinte repartiu, incisivamente, as possibilidades legiferantes entre as entidades dotadas de personalidade política, cuidando para que não houvesse conflitos entre as subordens jurídicas estabelecidas no Estado Federal, a ilação imediata é em termos de reconhecer a vedação da delegabilidade, bem como a impossibilidade de renúncia. Que sentido haveria numa discriminação rigorosa de competências, quando se permitisse que uma pessoa delegasse a outra as habilitações recebidas? Em pouco tempo, no manejo das utilizações concretas, quando se manifestasse o direito no dinamismo do seu estilo peculiar, o desenho das atribuições competenciais passaria por diferentes e imprevisíveis configurações, dissipando a rigidez e a estabilidade pretendidas pelo legislador constituinte. Advém daí o entendimento perante o qual a indelegabilidade e a irrenunciabilidade seriam prerrogativas inafastáveis do exercício competencial, no sistema brasileiro (CARVALHO, 2019, p. 284).

A indelegabilidade da competência tributária salvaguarda a forma federativa de Estado, inscrita como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, I, da Lei Magna. Ora, se os Estados e o Distrito Federal não podem, por iniciativa própria, delegar suas competências tributárias para a União, não é possível, *a fortiori*, que esta última lhes tome aquelas competências, desconsiderando a vontade do legislador estadual. Nessa di-

reção, Roque Carrazza pondera que “[...] as leis do Congresso Nacional ([...] como, por exemplo, as leis complementares que veiculam ‘normas gerais em matéria de legislação tributária’) deverão sempre levar em conta a existência dos Estados e de suas competências (mesmo as tributárias) [...]”, que, segundo o doutrinador “[...] só podem ser exercitadas por seus Poderes Supremos (Legislativo, Executivo e Judiciário), na forma de suas respectivas Constituições e leis” (CARRAZZA, 2013, p. 173).

As lições acima lembradas reforçam as conclusões provisórias acima anotadas: de fato, o PLP 18/22 implica uma usurpação, pela União, da competência indelegável dos Estados e do Distrito Federal para fixarem alíquotas de ICMS, de acordo com prioridades e balizas previstas em suas Constituições e suas leis. Consequentemente, a determinação de teto de alíquota de ICMS ou a sua vinculação a uma alíquota padrão são inconstitucionais, por violação ao princípio federativo (art. 1º, *caput*, da CF) e à competência tributária para disciplinar o ICMS (art. 155, II, da CF).

4 A TESE FIXADA PELO STF PARA O TEMA 745 OU POR QUE ESTE ARTIGO É INÚTIL

No item acima, defendeu-se que o PLP 18/22, ao vedar a definição de alíquotas de ICMS sobre operações mercantis com combustíveis, gás natural, energia elétrica, comunicações e transporte coletivo em patamar superior ao praticado para as operações em geral, malferir o princípio federativo, pois Lei Complementar nacional não pode usurpar competências reservadas aos titulares do tributo, que são os Estados e o Distrito Federal. Pois bem: segundo o proponente da matéria, seu projeto de lei encampa o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema (BRASIL, 2022b).

Na sua justificação à proposição do PLP 18/22, o deputado federal Danilo Forte afirma que “[...] o Supremo Tribunal Federal recentemente reconheceu, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 714.139/SC, o direito do contribuinte de recolher o ICMS sobre energia elétrica e sobre os serviços de telecomunicação no patamar ordinário de 17% [...]”, de forma a negar validade a dispositivos insertos na lei estadual do ICMS que previam uma alíquota maior – 25% (BRASIL, 2022b). De fato, o STF decidiu, conforme relatado pelo parlamentar, em acórdão assim ementado:

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema n. 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Quando adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral. Eficácia negativa da seletividade.

1. O dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos além da qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço.

2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é evidente a preocupação do constituinte de que, uma vez

adotada a seletividade, haja a ponderação criteriosa das características intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade com outros elementos, tais como a capacidade econômica do consumidor final, a destinação do bem ou serviço e, ao cabo, a justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa.

3. A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade – como, por exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo –, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade.

4. Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateu a essa evolução econômico-social para efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional.

5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema n. 745: Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços.

6. Recurso extraordinário parcialmente provido.

7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21) (BRASIL, 2021).

A leitura da ementa é suficiente para revelar que, nos termos do decidido pelo STF, sobre as operações relacionadas à energia elétrica e a serviços de telecomunicação não devem incidir alíquotas superiores àquelas fixadas para as operações em geral, tendo em vista que são bens e serviços essenciais. Sendo assim, o PLP 18/22 apenas faria constar em lei um entendimento que o STF já teria consagrado em relação à energia elétrica e aos serviços de telecomunicação.

Na verdade, o PLP 18/22 vai além do que foi decidido pelo STF ao julgar o Recurso Extraordinário 714.139/SC. A tese fixada naquela oportunidade limita-se a dizer que, uma vez adotada a técnica da seletividade em relação ao ICMS, “[...] discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços” (BRASIL, 2021), ao passo que o PLP 18/22 pretende introduzir no Código Tributário Nacional e na Lei Complementar 87/1996 dispositivos vedando a definição de alíquota superior à padrão para *combustíveis*,

gás natural, energia elétrica, comunicações e transporte coletivo (arts. 18-A e 32-A, respectivamente) (BRASIL, 2022b). Portanto, pode-se questionar o ajuste da proposição legislativa ao entendimento do STF no que concerne aos combustíveis, ao gás natural, ao transporte coletivo e até mesmo aos serviços de comunicação que não se subsumam ao conceito de telecomunicação.

Apesar de ser possível identificar diferenças entre o decidido pelo STF ao fixar a tese do Tema 745 e as alterações propostas no PLP 18/22, tais diferenças não demonstram um choque de posições – pelo contrário, o que se pode verificar é uma comunhão entre a proposta do Poder Legislativo e o entendimento da Suprema Corte. Lendo-se o acórdão exarado na apreciação do RE 714.139/SC, nota-se que a energia elétrica e os serviços de telecomunicação foram considerados insuscetíveis de tributação por alíquota superior à padrão por serem essenciais, e foram reputados como essenciais porque seria “[...] inequívoco tratar-se de bens e serviços de primeira necessidade [...]”, porque os setores de energia elétrica e telecomunicação “[...] foram alçados à condição de serviços públicos de competência da União [...]”, porque a sua produção e distribuição são consideradas atividades essenciais pela Lei 7.783/1989, porque o IBGE “[...] revelou a presença de energia elétrica em 99,8% das residências” e porque a Anatel “[...] sinaliza que 98,2% da população brasileira têm acesso à telefonia e à internet móvel” (BRASIL, 2021). Ora, as razões levantadas para se qualificarem como essenciais a energia elétrica e os serviços de telecomunicação são válidas para se identificarem igualmente como essenciais os combustíveis, o gás natural e o transporte coletivo, porque parece inequívoco que se tratam de bens de primeira necessidade, porque a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e a refinação de petróleo constituem monopólio da União (art. 177 da Constituição) (BRASIL, [2022c]), porque a produção e distribuição de combustíveis também são consideradas atividades essenciais pelo art. 10 da Lei 7.783/1989 (BRASIL, [2020]), e porque é notória a necessidade de combustíveis para a movimentação de caminhões, trens, ônibus e carros de passeio – os combustíveis somente não seriam essenciais na hipótese de o transporte de cargas e pessoas no país ser movido majoritariamente por tração animal. Assim, parece que o PLP 18/22 apenas desenvolve a potencialidade já contida na tese fixada pelo STF para o Tema 745.

Assentada a aparente comunhão de entendimentos entre a tese do tema 745 e o PLP 18/22, pode-se concluir que este último, ao estabelecer o teto de alíquota de ICMS para determinadas operações tidas como essenciais, é plenamente constitucional, pois apenas repete e desenvolve o que já foi considerado como exigência do Texto Magno pela Corte Suprema, de forma que o entendimento expresso no item anterior estaria equivocado. Por outro lado, pode-se concluir que o PLP 18/22 é inconstitucional, e que igual vício teria o entendimento da Corte Suprema, mantendo-se como correto o entendimento defendido no item anterior. Há, ainda, uma terceira posição – que é a posição mais acertada – segundo a qual o PLP 18/22 é inconstitucional, *apesar de correto o entendimento do STF expresso na tese do Tema 745, que o PLP 18/22 apenas repete e desenvolve. Esta última posição parece ilógica, mas não é.*

Como dito anteriormente, a vinculação de determinadas operações à alíquota padrão de ICMS pelo PLP 18/22 implica a violação de competência tributária dos Estados e do Distrito Federal: o Congresso Nacional, órgão da União, disciplinaria em pormenores sobre aspecto quantitativo de imposto estadual. O vício de inconstitucionalidade formal orgânica, decorrente da “[...] inobservância da competência legislativa para a elaboração do ato” parece evidenciado (LENZA, 2012, p. 252). Reafirmam-se, portanto, as conclusões provisórias já expostas. Observe-se que não se pode afastar a ocorrência de eventual inconstitucionalidade material concernente à caracterização da energia elétrica, dos serviços de comunicação, do gás natural, dos combustíveis e do transporte coletivo como bens e serviços essenciais, independentemente da realidade de cada ente federado, ou concernente à imposição de teto de alíquota para bens e serviços essenciais, ou, ainda, referente à adoção da seletividade no ICMS com base no aspecto material da hipótese de incidência etc. Tais possibilidades, no entanto, não serão objeto de discussão neste texto.

A inconstitucionalidade formal orgânica do PLP 18/22 não se convalida por reproduzir um entendimento correto do STF. Por mais que se possa louvar a tese fixada pela Suprema Corte para o tema 745, não é da alçada da lei complementar nacional dispor sobre alíquotas do ICMS, assim como seria incabível lei estadual repetir o conteúdo de uma decisão do STF sobre o IPI, por exemplo, uma vez que ele é um imposto inserto na competência da União. *Somente a lei estadual ou distrital pode dar feição legal válida à tese do Tema 745.*

Estando assente que o PLP 18/22 padece de vício, o teto de alíquota de ICMS por ele fixado será inválido, caso seja convertido em lei. Mesmo que o PLP 18/22 transforme-se em lei complementar, o único teto de alíquota de ICMS a ser observado será aquele decorrente da tese fixada pelo STF para o Tema 745. Assim, somente as operações mercantis mencionadas nesta última tese, ou seja, aquelas referentes à energia elétrica e serviços de telecomunicação, não poderão ser tributadas com alíquota superior à ordinária – no caso de Santa Catarina, de 17% (SANTA CATARINA, [2022]). As demais operações, listadas no PLP 18/22, mas não constantes da tese do tema 745 – operações com combustíveis, com gás natural, com serviços de comunicação não englobados no conceito de telecomunicação e com serviços de transporte coletivo –, continuarão sendo tributadas pela alíquota fixada pela lei estadual. Conciliam-se, assim, a inconstitucionalidade do PLP 18/22 com a correção do entendimento do STF.

5 A TESE FIXADA PELO STF PARA O TEMA 745 OU POR QUE ESTE ARTIGO É ÚTIL

No item anterior, chegou-se à seguinte conclusão: sobre as operações mencionadas na tese do Tema 745 há de incidir, como alíquota máxima, a alíquota padrão do ICMS, por força da decisão do STF; sobre as operações listadas no PLP 18/22, mas não citadas na tese do Tema 745, incide a alíquota estabelecida pela lei estadual,

mesmo que maior do que a alíquota padrão, pois o PLP 18/22, caso convertido em lei, será inconstitucional.

Ora, essa conclusão gera perplexidades: tudo indica que as operações não mencionadas na tese fixada para o Tema 745 seriam nela insertas se o STF tivesse a oportunidade para tal. Afinal, as operações com combustíveis, gás natural e comunicações partilham da essencialidade das operações com energia elétrica e telecomunicações. Assim, qual utilidade haveria em identificar inconstitucionalidade no PLP 18/22, já que ele consagra o *entendimento correto* do STF?

O uso da expressão “entendimento correto do STF” neste artigo foi proposital e tem o objetivo de fazer um convite à reflexão. No caso em análise, o STF considerou “inequívoco” que a energia elétrica e os serviços de telecomunicação tratam-se de bens e serviços de primeira necessidade, *portanto* essenciais, e reputou que a difusão do uso de tais bens e serviços revelaria a sua essencialidade; além disso, o STF considerou que, por força do princípio da seletividade, a Constituição exigiria que a alíquota de ICMS incidente sobre tais bens e serviços não poderia ser superior à alíquota padrão (BRASIL, 2021).

Ao fixar a tese para o tema 745, o STF definiu o significado dos termos “seletivo” e “essencialidade” vertidos no art. 155, § 2º, III, da CF e que aludem a fatores imbricados na definição do valor a pagar a título de ICMS. Como consta no voto do ministro Dias Toffoli, “Não há dúvida de que os verbetes ‘seletivo’ e ‘essencialidade’ encerram, no contexto jurídico em alusão, cláusulas abertas, as quais podem ser trabalhadas pelo legislador ordinário com certo grau de liberdade, sem macular, contudo, o conteúdo mínimo de tais expressões” (BRASIL, 2021). Como o ministro alinhou-se ao entendimento adotado na tese do tema 745, é de se supor que ele considerou, como os demais ministros, que a energia elétrica e os serviços de telecomunicação têm características tais que os qualificam como subsumíveis ao conteúdo mínimo da cláusula aberta constitucional que prevê a “essencialidade”, de forma a *afastar a necessidade* de que o legislador ordinário preveja tais bens e serviços expressamente em lei como essenciais, ou a *afastar o risco* de que o legislador ordinário *não preveja* tais bens e serviços como essenciais.

No tocante às operações relativas à energia elétrica e serviços de telecomunicação, o resultado pretendido com a conversão em lei do PLP 18/22 foi alcançado de antemão com a tese fixada pelo STF para o tema 745. Contudo, a conversão do PLP 18/22 em lei complementar implicará inconstitucionalidade por violação ao princípio federativo, mas a observância do entendimento correto do STF, *que também macula a competência do legislador estadual*, não, por ser o entendimento *correto*. Para entender esse aparente contrassenso, recorra-se a Hans Kelsen:

O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral

criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não ache deste jeito predeterminado, mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância (KELSEN, 1998, p. 298).

Em outras palavras: ao estabelecer a tese do Tema 745, ou o STF criou uma norma individual fixando o teto de alíquota do ICMS para energia elétrica e serviços de telecomunicação com base em conteúdo predeterminado no texto constitucional (1), ou o STF criou essa mesma norma individual com base em uma norma geral segundo a qual, por ser o tribunal de última instância, ele tem o poder de determinar o conteúdo daquela norma individual (2). Em ambas as hipóteses, o entendimento do STF estará correto.

Distinguir as situações em que o entendimento do STF é correto por estar em consonância com uma norma específica sobre o caso levado à sua apreciação das situações em que o entendimento do STF é correto por defluir da norma que lhe confere o poder de ser o último decisor é relevante para definir a respeitabilidade das decisões da Suprema Corte: no primeiro caso, a autoridade do entendimento repousa no nível jurídico; no segundo caso, no nível político. No caso da tese fixada para o Tema 745, dada a clara usurpação da competência do legislador estadual, a autoridade política do entendimento do STF não fará cessar o debate jurídico sobre a aplicação da essencialidade no âmbito do ICMS.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aumento do custo de vida gera insatisfação popular, o que, em uma sociedade democrática, com eleições periódicas, leva à tomada de decisões por parte dos governantes eleitos no sentido de mitigá-lo. As medidas implementadas para tal podem incluir desde ações radicais, como a imposição de um congelamento de preços, até ações mais moderadas, como a redução de tributos. Neste ano de 2022, para enfrentar o recrudescimento da inflação, o Poder Legislativo brasileiro optou por promover a redução no valor do ICMS incidente sobre combustíveis, energia elétrica, transporte coletivo e comunicações, dentre outras medidas, aprovando o PLP 18/22.

Não se pode avaliar se o PLP 18/22, uma vez convertido em lei, atingirá seu objetivo. É difícil prever se a redução no valor dos tributos causa uma redução correspondente no valor cobrado do consumidor final, mesmo porque o sujeito passivo da obrigação tributária pode aproveitar a diminuição de custos para repor ou incrementar sua margem de lucro. Essa é uma questão a ser estudada no âmbito da Economia. No âmbito estritamente jurídico, a pergunta a ser feita é esta: o PLP 18/22, caso sancionado e transformado em Lei Complementar, conterà normas válidas?

Ao fixar que a alíquota a ser aplicada sobre as operações relacionadas a combustíveis, gás natural, energia elétrica, comunicações e transporte coletivo não pode ser superior à alíquota estabelecida para as operações em geral, o PLP 18/22 limita a margem de discricionariedade do titular da competência tributária para instituir o ICMS: segundo esse projeto de lei complementar, para aquelas operações a alíquota máxima deve ser a alíquota padrão. Isso não geraria questionamentos mais apro-

fundados caso houvesse uma coincidência entre o ente federado competente para instituir o ICMS e o ente federado do qual provém a iniciativa de impor o teto de alíquota. Como, neste caso, não há essa coincidência, o que se configura é a tentativa de um ente federado – a União, por meio do Poder Legislativo federal – interferir no exercício da competência tributária de outros entes federados – Estados e Distrito Federal, titulares do ICMS. O PLP 18/22, independentemente dos seus méritos e deméritos, possui conteúdo que configura agressão ao princípio federativo, cláusula pétrea da Constituição Federal.

Alguns “pragmáticos” poderiam considerar ultrapassada a discussão sobre a constitucionalidade do contido no PLP 18/22, lembrando que esse projeto nada mais fez do que encampar a tese fixada pelo STF ao decidir sobre o Tema 745. À parte a possível identificação de diferenças entre o PLP 18/22 e a tese formulada pela Suprema Corte, certo é que uma lei tisdada de inconstitucionalidade formal orgânica não convalesce por sua eventual constitucionalidade material. Assim, ainda que o PLP 18/22 seja convertido em lei, as normas nele contidas serão inválidas, de forma que o único ato jurídico com eficácia nacional a fixar o teto de alíquota de ICMS em termos similares será a decisão tomada pelo STF ao julgar o RE 714.139/SC. Com isso, apenas as operações relativas aos serviços de energia elétrica e de telecomunicação estariam submetidas ao teto de alíquota de ICMS, mas não as operações relativas a combustíveis, transporte coletivo e serviços de comunicação não abrangidos no conceito de telecomunicação.

De todo modo, mesmo quanto às operações relativas à energia elétrica e a serviços de telecomunicação, a fixação do teto de alíquota merece reflexão, pois foi levada a cabo por órgão que não é o titular da competência tributária para instituir o ICMS. Saber se a decisão tomada pelo STF ao impor esse teto é correta porque tomada em conformidade com a Constituição ou porque tomada por quem, sendo órgão de última instância, tem o poder de julgar em *desconformidade* com a Constituição, embora seja irrelevante no tempo imediato, é importante para definir o prosseguimento do debate doutrinário a respeito do assunto nela tratado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. **Ofício n. 417/2022/PS-GSE**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 15 jun. 2022a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01rv3u4cqgcgol1u2ah1s17pini20732108.node0?codteor=2188570&filename=Tramitacao-PLP+18/2022 Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar n. 18, de 11 de março de 2022**. Altera a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e a Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços essenciais os relativos aos combustíveis, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, e as Leis Complementares n. 192, de 11 de março de 2022, e 159, de 19 de maio de 2017. Brasília, DF: Câmara dos

Deputados, 2022b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2147149 Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 192, de 11 de março de 2022**. Define os combustíveis sobre os quais incidirá uma única vez o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), ainda que as operações se iniciem no exterior; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp192.htm Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.783, de 287 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Fernando Bezerra Coelho. **Parecer n. 212, de 2022-PLEN/SF**. Brasília: Senado Federal, 9 jun. 2022e. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9170104&t-s=1656551255128&disposition=inline> Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 714139/SC**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema n. 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Quando adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral. Eficácia negativa da seletividade. Recorrente: Lojas Americanas S.A. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio, 18 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759632154> Acesso em: 19 jun. 2022.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1.248p.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 847p.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA **Painel de indicadores**: Tabela 7063 – INPC – Variação mensal, acumulada no ano, acumulada em 12 meses e peso mensal, para o índice geral, grupos, subgrupos, itens e subitens de produtos e serviços (a partir de janeiro/2020). Brasília, c2022. Disponível em:

<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/7063#/n1/all/n7/all/n6/all/v/2292/p/202205/c315/all/d/v2292%202/l/,t+p+v,c315/resultado> Acesso em: 20 jun. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.312p.

MELLO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. 479p.

SANTA CATARINA. **Lei n. 10.297, de 26 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS e adota outras providências. Florianópolis: Assembleia Legislativa, [2022]. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1996/10297_1996_lei.html Acesso em: 20 jun. 2022.

SÍNTESE SEMANAL DO COMPORTAMENTO DO PREÇO DOS COMBUSTÍVEIS. Brasília: ANP, ed. 25/2022, p. 19-25, jun. 2022. Versão *online*. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/arq-sintese-semanal/2022/junho/sintese-precos-n-23-semana-05-a-11-06-22.pdf> Acesso em: 20 jun 2022.

TRUFFI, Renan. Veja sete iniciativas para tentar reduzir os preços dos combustíveis. **Valor Econômico**, São Paulo, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/06/17/veja-sete-iniciativas-para-tentar-reduzir-os-precos-dos-combustiveis.ghtml> Acesso em: 20 jun. 2022.

AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE A EFICIÊNCIA E HUMANIZAÇÃO NA RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO-CIDADÃO

Juliana Ribeiro Goulart¹

RESUMO

O presente artigo pretende discutir se a Administração Pública é capaz de diagnosticar casos a serem resolvidos pela via do consenso e como isso pode viabilizar tanto a eficiência quanto a humanização de seus conflitos. A pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica, realizada mediante a consulta de material científico jurídico. As evidências apontam que saídas autocompositivas podem aumentar os ganhos de eficiência e humanização para o Estado. Para tanto, é necessário incentivar uma nova mudança de mentalidade no âmbito administrativo, em especial para o senso de cooperação.

Palavras-chave: Mediação na Administração Pública; Mediação de Conflitos; Autocomposição; Eficiência; Humanização.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública é um dos maiores litigantes do sistema de justiça brasileiro. Trata-se de um diagnóstico importante que traz à reflexão as possíveis causas dessas opções realizadas pelo administrador público - que culturalmente usou meios contenciosos para a solução das controvérsias -, bem como entender como essa postura contribuiu para a crise de litigância que se tem vivenciado.

Ao contrário dos meios contenciosos, os meios consensuais são processos dinâmicos que impactam em várias dimensões da Administração Pública. O marco regulador da autocomposição no Brasil estabelece uma direção para uma mudança de comportamento do Estado e da sociedade em busca do acesso à justiça. Para que esse modelo tenha sucesso, se faz necessária a difusão da política pública de autocomposição, que envolve ao menos: a) a política Pública de incentivo aos meios consensuais voltada ao Poder Judiciário, contida na Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça; b) o marco legal da mediação: Lei n. 13.140/2015, que em sua segunda parte torna destinatária da autocomposição a Administração Pública; c) o Código de Processo Civil de 2015, que inclui dispositivos de incentivo aos operadores do Direito e ao Estado, encorajando a utilização da mediação; e d) as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que tratam do tema da consensualidade na Administração Pública, a partir da Lei n. 13.655/2018.

¹ Doutoranda e Mestra em Direito pela UFSC. Assistente Jurídica da PGE/SC. Professora na CESUSC e na ESMESC. Conselheira Estadual e Presidente da Comissão de Conciliação e Mediação da OAB/SC. E-mail: juligoulart@hotmail.com

Para que tal prática se torne rotina no setor público, é necessário o investimento nas capacidades e habilidades de juristas, administradores públicos e servidores. Nesse caminho, os esforços têm se concentrado para que a prática dos meios consensuais seja incorporada e fique à disposição de todos os cidadãos, grupos e empresas.

O artigo apresentará em que medida os meios consensuais propiciam a escuta do cidadão e sua participação na solução dos conflitos e se são capazes de fortalecer a noção de autonomia, bem como se podem incentivar uma convivência harmônica entre o administrador e o cidadão sem violência, opressão e hostilidade.

Com base nessas evidências, o presente artigo pretende discutir se a Administração Pública é capaz de diagnosticar casos a serem resolvidos pela via do consenso e como isso pode viabilizar tanto a eficiência quanto a humanização de seus conflitos.

Assim, o texto tem início com a contextualização da autocomposição na Administração Pública, passando para o aprofundamento do princípio de eficiência na Administração Pública, para então estabelecer a autocomposição como um meio democrático e humanizado para a resolução dos conflitos que envolvem a Administração Pública.

A fim de alcançar os referidos objetivos, a pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica, realizada mediante a consulta de material científico jurídico.

2 O MARCO LEGAL DA AUTOCOMPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

À luz dos valores democráticos vigentes na Constituição de 1988, a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei n. 13.140/2015, marco regulatório da mediação no Brasil, e o Código de Processo Civil de 2015 abriram caminho para que os entes públicos se ajustassem à forma de administrar os conflitos, pois eles foram destinatários especificados nas referidas normas.

Com o marco legal da mediação, que instituiu a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, surgiu um enorme desafio: criar câmaras administrativas de solução de conflitos, diagnosticar para quais casos utilizar os meios consensuais, criar os meios materiais para sua implementação: parâmetros previamente estabelecidos em lei e normativas administrativas, estabelecer as autoridades responsáveis pela análise de risco e custo-benefício da escolha autocompositiva, realizar o treinamento de pessoal, e definir como será elaborado o quadro de mediadores, entre outros.

Juarez Freitas aponta que as recentes reformas, especialmente aquelas advindas com o Código de Processo Civil, favoreceram uma mudança de mentalidade na seara administrativa, de litigante para consensual, incentivando a utilização dos meios consensuais, como a negociação, a conciliação e até da mediação (FREITAS, 2017, p. 34-35).

Essa proposta exige uma postura da advocacia pública adequada aos meios atuais de resolução de conflitos envolvendo o poder público. Trata-se de uma atuação mais

condizente com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988, bem como com os princípios que regem a Administração Pública, notadamente o da eficiência. Dessa forma, além da contribuição com o manejo adequado do Poder Judiciário, a advocacia pública volta a sua atenção à concretização dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas do Estado Democrático de Direito, tornando melhor a relação da Administração com o cidadão (EIDT, 2015, p. 70-71).

Juntamente com a atuação preventiva, realizada por meio das consultorias, as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, uma vez viabilizadas, passam a promover a cultura do diálogo entre cidadão e Estado. Para tanto, os controles “preventivos, concomitantes e sucessivos” (EIDT, 2015, p. 70-71) precisam se conformar com a atuação pela via dos institutos consensuais, como uma prática autorizada por lei e condizente com os princípios constitucionais da Administração Pública.

Para Juarez Freitas (2017, p. 34-35), “dentro de limites, a negociação, a conciliação e a mediação são ferramentas cooperativas que, bem manejadas, evitam enormes danos, materiais e imateriais, oriundos de disputas mal resolvidas”. Um dos desafios impostos à Administração Pública é o de regulamentar quais causas serão encaminhadas para a autocomposição, seja pela via da mediação, seja pela via da conciliação. Importante destacar que a lei sobre a autocomposição deixou a cargo do Administrador a avaliação sobre quais conflitos serão tratados pela via consensual, sendo, portanto, atribuição de cada ente estabelecer as diretrizes que vão pautar a atuação da advocacia pública consensual.

Na opinião de Luciana Moessa de Souza, a primeira etapa para se avaliar se um caso é de resolução consensual de conflitos na Administração Pública é a análise do risco. A autora defende que deve ser realizado um exame abrangente dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados por cada cidadão, empresa ou entidade, ao questionarem um determinado ato ou direito. Se a algum deles assistir razão, a medida mais econômica, em virtude do princípio da legalidade, é atender ao pleito, com o reconhecimento total ou parcial da procedência do pedido. Contudo, não tendo a causa fundamento fático e/ou jurídico, a alternativa será contestar a ação, protegendo-se o interesse público. Já quando se verificar que existe algum grau de probabilidade de que o autor tenha razão, mas não exista certeza fática e/ou jurídica, aí reside espaço, segundo a autora, para a utilização da resolução consensual de conflitos (SOUZA, 2016, p. 216). Ou seja, reconhecer os interesses subjetivos dos particulares não significa impor prejuízos ao interesse público.

A Lei n. 13.140/2015 e o Código de Processo Civil abriram espaço para a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Contudo, segundo a Lei de Mediação, não se incluem na competência das referidas câmaras as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo. Se a providência depender de autorização do legislador, não é possível que a questão seja levada à câmara, porque o acordo exige concordância de outro Poder, totalmente independente, consoante o disposto no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

A criação das câmaras permite ao cidadão ter a oportunidade de compor a disputa sem ter que necessariamente ingressar com uma demanda no Judiciário. As câmaras de mediação e conciliação, uma vez criadas, se tornam espaços de diálogo, acolhimento e escuta, que funcionam dentro dos órgãos da Advocacia Pública (Advocacia-Geral da União, Procuradorias dos Estados e dos Municípios). Tal medida interrompe a lógica da cultura de hostilidade no tratamento dos conflitos pela Administração Pública, promove o senso de cooperação e desobstrui os canais de comunicação com o cidadão.

Warat (2004, p. 111) lembra que “ser cidadão é ter voz, poder opinar e poder decidir por si mesmo” [...]. Se “não participo, não existo como cidadão, porém o mais importante é participar dos relacionamentos com o outro, poder mediar as próprias relações pessoais para poder assim participar em decisões comunitárias, participativas, da coisa pública” (WARAT, 2004, p. 124). O autor vê como objetivo do Direito não alcançar a paz social e nem aplicar a lei ou distribuir justiça, mas humanizar os conflitos, significando essa humanização a possibilidade de escapar da alienação e procurar as condições de produção e realização da autonomia (WARAT, 2004, p. 111).

Além de humanizar a forma de tratamento dos conflitos administrativos, a proposta de consensualidade traz mudanças em várias dimensões: pedagógica (ensino do direito); política (escuta do cidadão e participação na resolução dos conflitos); administrativa (gestão democrática dos conflitos); social (tratamento dos conflitos sem violência, opressão e hostilidade).

Portanto, convém romper, em definitivo, com a visão deturpada de que a questão da Justiça está sujeita apenas a um dos Poderes do Estado: o Judiciário. Resolver conflitos administrativos pela via da autocomposição já é uma realidade para a Administração Pública.

3 NOVOS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA A PARTIR DOS MEIOS CONSENSUAIS

O princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal de 1988, é um dos pilares da Administração Pública. Trata-se de um imperativo que suscita um padrão de comportamento de administradores e servidores e que norteia toda a atividade administrativa. Há que se compreender seus desdobramentos, para que não se crie a falsa ideia de que eficiência signifique apenas maximizar recursos e resultados.

Lembre-se que o conceito de eficiência é discutido na doutrina e na jurisprudência, não havendo um consenso acerca de seu conteúdo, em razão do seu significado polissêmico (DADALTO, 2018, p. 110) e indeterminado. Segundo Themis Limberger e Edson Luís Kossmann (2016, p. 288), o Estado precisa ser eficiente para atender às demandas que a Constituição lhe impôs e que se encontrem materialmente desatendidas.

José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 30) lembra que a simples inserção na Constituição do princípio da eficiência não é capaz, por si só, de gerar uma mudança

na Administração, sendo desejável uma mudança de postura dos governantes, com o objetivo de buscar os interesses reais da coletividade e, por outro lado, o afastamento do interesse pessoal do administrador público.

Segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro, o princípio da eficiência denota dois aspectos. O primeiro, no que diz respeito “ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados”; e o segundo, que diz respeito “ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público” (DI PIETRO, 2002, p. 83).

Portanto, quando se fala em eficiência não se está falando apenas em maximização de resultados e economicidade. A eficiência, no contexto dos meios consensuais, ganha novos contornos: significa agir de acordo com as finalidades administrativas, de preservar o relacionamento entre Estado e cidadão, de propiciar uma gestão democrática com disponibilização de diversos métodos para solução de conflitos como um dever-poder do Estado e, também, resolver conflitos com celeridade e economicidade.

Nesse contexto, negociar é um dever-poder do Estado, e com a lei de mediação a autocomposição passou a ser mais uma prerrogativa à disposição do Administrador Público. No âmbito das licitações, por exemplo, a Administração tem como escopo selecionar a proposta mais vantajosa. E, para alcançar a proposta mais vantajosa, ela deve fazer uso da negociação para obter o menor preço final, maximizando-se o interesse público por meios das prerrogativas conferidas por lei ao Administrador Público.

O mesmo se pode falar acerca da preservação do relacionamento entre as partes, ou seja, entre o cidadão e o Estado. A gestão pela via única do processo não é eficiente, pois é um modelo hostil e maximizador da violência. Como se está diante de um relacionamento que se prolonga no tempo (cidadão e Estado), os meios autocompositivos se conformam com a eficiência. Ainda que a mencionada relação não seja uma relação pautada no afeto (como em uma relação amorosa), pode-se falar em afeto ao menos em sua dimensão política, no sentido de uma convivência terna, harmônica, o que abre espaço para a possibilidade de mediação, sendo inclusive esse um dos critérios para a sua escolha. Registre-se que o CPC/2015 traz esse parâmetro em seu art. 165, parágrafo § 3º:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Com a autocomposição tem-se a gestão democrática dos conflitos. Há uma mudança de lógica que não utiliza o Poder Judiciário como administrador das dívidas do Estado, por exemplo, protelando o pagamento de certas obrigações. Nesse contexto, a Administração recupera o poder de decisão para dirimir conflitos, passando a refletir esta atuação na recuperação do Poder Judiciário do contexto de crise, ou

seja, a opção do administrador contribui para a eficiência de outro poder (Poder Judiciário). Ademais, resolver tudo pela via do processo em certo ponto é inadequado, pois faz o Estado pagar mais no final, o que também contraria o princípio da eficiência.

O modelo autocompositivo, por outro lado, incentiva uma atuação menos burocrática, e mais autônoma dos administradores, na medida em que ajuda a aprender o cultivo da sensibilidade. Segundo Warat (2004, p. 47), tal postura evita que em lugar do homem autônomo prevaleça o homem automático: “homens que transitam de modelo em modelo para pensar e agir com ideias clonadas, opiniões fotocopiadas, como um guisado de verdades pré-cozidas”.

4 MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A EFICIÊNCIA

Em muitos casos, a autocomposição pode ser a solução mais adequada em termos de eficiência para a Administração e maximização da tutela do interesse público, notadamente nos casos em que se constate que a controvérsia pode gerar a paralisação de serviços públicos, prejuízos ao aparato estatal ou ao erário público.

Emerge, diante deste cenário, a necessidade de a Administração Pública investir, urgentemente, em uma cultura pautada em soluções pacíficas de conflitos, apostando especialmente na negociação, na conciliação e na mediação, pois os números dão sinais de que não há ganhos eficientes na administração pelas demandas judiciais (FAGÚNDEZ; GOULART, 2015).

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “no âmbito do Direito Administrativo jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência” (MOREIRA NETO, 2003, p. 154). Nessa esteira, muitos casos podem ser tratados pela via autocompositiva, antes mesmo que batam às portas do Poder Judiciário. Alguns com mais certeza, pois previstos em lei, outros já debatidos e aprovados em cortes de contas; outros por seu potencial de eficiência a ser explorado.

Pela via da negociação, forma de autocomposição direta, por exemplo, é possível negociar para buscar a obtenção de uma proposta mais vantajosa para a Administração Pública. A este respeito já se manifestou o Tribunal de Contas da União, no sentido de ser um poder-dever da Administração o dever de o pregoeiro intentar negociação ao final da fase de lances do pregão (BRASIL, TCU, 2014a). De acordo com a corte de contas:

[...] uma vez concedida a prerrogativa legal para adoção de determinado ato, deve a administração adotá-lo, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, até porque tal medida em nada prejudica o procedimento licitatório, apenas ensejando a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para o Poder Público (BRASIL, TCU, 2014a)

Para o Tribunal de Contas da União, portanto, “é aplicável, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, a prerrogativa administrativa da negociação

em todas as modalidades licitatórias” (BRASIL, TCU, 2014b).

A conciliação é outra opção disponível para resolver disputas na esfera administrativa. Nela, um profissional imparcial (conciliador) auxilia os envolvidos no conflito a encontrarem saídas para suas contendas por meio de sugestões e opiniões. Conforme preceitua o CPC em seu art. 165, § 2º, o conciliador atua preferencialmente nos casos em que não há vínculo anterior entre as partes e pode sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que elas conciliem. O conciliador é o terceiro que se coloca entre as partes, auxiliando-as, e também pode fazer sugestões para que os participantes cheguem ao consenso. Significa dizer que o conciliador tem participação ativa na condução do processo e pode fazer interferências no conflito, não apenas equilibrando as partes, mas propondo ponderações aplicáveis ao caso concreto para que os litigantes, querendo, acolham (GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 49).

Podem ser tratados pela via da conciliação, por exemplo, os contratos de concessão. A Lei n. 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), que regulamenta o regime de concessão comum e permissão de serviços públicos, estabelece que o contrato poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas dele decorrentes ou relacionadas, sem exclusão da arbitragem (art. 23) (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018, s/p). Ou seja, os conflitos decorrentes de contratos de concessão podem ser resolvidos, entre outros, pela via da conciliação.

No mesmo sentido, as parcerias público-privadas também admitem o uso da conciliação, assim como de outros métodos. A Lei n. 11.079/2004, que trata desses contratos (Concessões Patrocinadas e Administrativas), prevê como cláusula do edital os mecanismos privados de resolução de disputas decorrentes ou relacionadas aos contratos a ela submetidos (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018 s/p).

Inserida na Lei n. 13.140/2015 e no Código de Processo Civil, a mediação é um procedimento não adversarial em que um terceiro imparcial (que não decide) denominado mediador, por meio da utilização de determinadas técnicas e habilidades, aproxima e facilita a comunicação interrompida entre dois ou mais indivíduos, com o intuito de que eles próprios busquem saídas proveitosas (acordo, reconciliação, entendimento, entre outras) para seus impasses de maneira consciente e voluntária. A mediação pode ser utilizada em diversas áreas da vida, inclusive na Administração Pública. Ela se diferencia das demais formas de tratamento dos conflitos pelo constante diálogo durante as sessões, pois esse procedimento não se preocupa com o conflito em sua dimensão apenas formal (lide processual), mas também em sua estrutura social (lide sociológica) (WARAT, 2004, p. 47).

A Lei n. 13.867/2019 trouxe a possibilidade de mediação também nos casos de desapropriação. Tal lei estabelece que, ao rejeitar a proposta de oferta do poder público, o particular poderá optar pela mediação extrajudicial, indicando um dos órgãos ou instituições especializadas em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação.

Contudo, em se tratando apenas de questão indenizatória sem outros pontos de divergência imbricados no conflito, seria mais recomendável a conciliação. Já a

mediação deve ser reservada para conflitos complexos, como os que configurem a quebra da confiança entre Estado e cidadão, em razão da mediação trabalhar com técnicas que visam preservar os vínculos que se prolongam no tempo.

Lembre-se que o ambiente da mediação é especialmente favorável para a cooperação porque tem as seguintes características (GOULART, 2018, p. 37-38):

a) valorização da autonomia das pessoas envolvidas: a participação na abordagem da mediação depende exclusivamente da vontade dos sujeitos; b) cooperação (não é adversarial): sem estar preocupada com a verdade formal dos autos, a decisão não será de uma pessoa, tampouco da outra pessoa, porque se conciliam os interesses que as motivaram, e não as posições que elas adotaram e que estimulariam a competição; e c) horizontalidade: a decisão será construída pelas pessoas envolvidas, e será descartada a hipótese de adjudicação por um terceiro. Todavia, a maior dificuldade em tornar efetivo o valor da tática cooperativa da mediação no Direito brasileiro reside na postura e na mentalidade dos profissionais do direito. Por isso é tão importante compreender que o conflito pode ser solucionado (resolvido ou tratado) de forma diversa da do modelo tradicional (competição).

A mediação indica o cumprimento da eficiência em razão de proporcionar uma resolução versátil e menos custosa, também colaborando para a legitimação da decisão do conflito, pois viabiliza a participação dos *players* na tomada da decisão (SALVO, 2018, p. 59). Não se está a referir, portanto, apenas em maximização da arrecadação e minimização de despesas (FACCI, 2019, p. 65). A eficiência, no contexto dos meios consensuais, ganha novos contornos: significa agir de acordo com as finalidades administrativas, de preservar o relacionamento entre Estado e cidadão, de propiciar uma gestão democrática com disponibilização de diversos métodos para solução de conflitos, como um dever-poder do Estado, e também resolver conflitos com celeridade e economicidade.

Portanto, para que a autocomposição seja uma opção adequada em termos de eficiência, é importante que seja realizado, como já mencionado, um exame específico da controvérsia apresentada pelo interessado ao questionar atos ou direitos. Reconhecer os interesses subjetivos dos particulares é possível e não significa impor prejuízos ao interesse público.

5 CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A HUMANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição também na Administração Pública, em seu artigo 32, e o Código de Processo Civil, em seu artigo 174, afirmam que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm como prerrogativa criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. A prerrogativa abre espaço para que os cidadãos tenham a oportunidade de compor disputas sem o ingresso de uma demanda no Poder Judiciário.

Daí surge um enorme desafio: diagnosticar os casos para utilizar os meios consensuais e criar os meios materiais para sua implementação. A administração dos

conflitos administrativos por meios consensuais interrompe a lógica da cultura da hostilidade, marca da administração pública adversarial (FREITAS, 2017, p. 27) que, além de trazer danos ao Poder Judiciário, coloca o cidadão em situação de invisibilidade. Passar da invisibilidade à visibilidade pressupõe uma série de ajustes que permitirão que o cidadão recupere sua voz, seja visto como sujeito de direitos (que possui vínculo permanente com o Estado) e seja efetivamente escutado.

Como se viu, a gestão pela via única do processo, conhecida pelo seu alto índice de ineficiência, levou o Estado a uma crise causada pelo excesso de litigância, o que acabou obstruindo os canais de comunicação para a resolução dos conflitos administrativos de forma amigável.

A proposta de consensualidade na Administração Pública traz uma mudança em várias dimensões. A primeira delas é a pedagógica. A educação jurídica para os meios consensuais envolve práticas que precisam contar com o ensino de habilidades e competências historicamente negligenciados em favor da análise normativa do litígio. Investiu-se mais em conhecimentos normativos e menos em competências e habilidades para resolver conflitos, conhecimento que hoje é fundamental. Portanto, é desejável o aperfeiçoamento permanente de administradores e servidores não apenas a respeito dos meios consensuais, mas também das *soft skills*, que são competências importantes, como a escuta ativa, a cooperação e a comunicação.

Outra importante mudança ocorre em uma dimensão política, pois os meios consensuais propiciam a escuta do cidadão e sua participação na solução dos conflitos, fortalecendo-se a noção de autonomia. Outra mudança ocorre na dimensão gerencial da Administração Pública, que passa a oferecer alternativas plurais de acesso à justiça, para que o cidadão resolva conflitos administrativos também de forma amigável. Há, ainda, uma mudança social, na medida em que a consensualidade significa também uma relação de convivência harmônica entre o administrador e o cidadão sem violência, opressão e hostilidade.

Importante destacar que os meios consensuais não necessariamente precisam ser uma escolha inicial para compor um conflito. Podem e devem ser utilizados a qualquer tempo, especialmente quando surgirem janelas de oportunidade para o consenso, ainda que haja uma ação judicial em curso. Para que essas janelas se abram, uma estratégia possível é investir em táticas que possibilitem o diálogo em qualquer instância e a qualquer tempo. Empregar uma linguagem compassiva, e não violenta, em peças jurídicas pode ser um passo importante para que o caminho processual se abra na direção do diálogo. Nesse passo, o caminho contencioso pode ser revisto a qualquer tempo, sendo possível mudar a rota, caso necessário. É possível, assim, usar a mediação e o processo, por exemplo, de forma simultânea; em sequência; ou em arranjos criativos customizados para um determinado contexto.

Aos poucos, a administração pública brasileira deixa de ser excluyente e unilateral e passa a conviver com aqueles a quem deve servir (MOREIRA; CUÉLLAR, 2020, s/p). Com o incentivo da Administração Pública para pautar sua atuação também por meios consensuais, recupera-se o poder de decisão do Administrador para di-

rimir conflitos, passando a refletir esta atuação não adversarial na superação do contexto de crise pelo qual passa o próprio Poder Judiciário.

Os meios consensuais trazem novos caminhos para a Administração Pública, no sentido de contribuírem para a construção de uma Administração Pública democrática, e se apresentam como um desafio político à cultura jurídica brasileira, passando o estado a incentivar que grupos, empresas e cidadãos sejam protagonistas na composição dos seus conflitos. Trata-se de importante conquista da cidadania, alcançada em razão do desenvolvimento da ideia de consenso como modalidade substitutiva de uma ação unilateral e imperativa do Estado (MOREIRA NETO, 2003, p. 153).

Segundo Juliana de Palma, ao incorporar o consenso na tomada de suas decisões, surge uma nova dimensão operacional que reforça a segurança jurídica e melhora a qualidade das decisões públicas (PALMA, 2020, p. 209). A consensualidade está ligada à humanização dos relacionamentos em que está inserida a Administração Pública. Pode parecer difícil que se possa conceber a humanização em tais relações, marcadas por significativas diferenças. Contudo, a proposta surge de uma necessidade de valorização do indivíduo e de uma realidade latente que vem refletida em diversas Constituições (SALVO, 2018, p. 23-24).

Os meios consensuais contribuem para a elaboração de ações e metas que fortalecem os processos de pacificação social, ao fixar como missão comum a todos os órgãos a consensualidade, que tende a fortalecer o atendimento ao cidadão, finalidade última do Estado brasileiro (COELHO; LÚCIO, 2010, p. 13).

O acesso à justiça significa acesso à ordem jurídica justa, em que se tem diversas possibilidades de resolução dos conflitos à disposição. Isto é o que está na Constituição Federal de 1988, na promessa contida em seu preâmbulo e no artigo 5º: resolver conflitos prioritariamente de forma pacífica e em tempo razoável. No âmbito da administração Pública, o implemento das câmaras administrativas cria novos canais de comunicação e abre espaço tanto para a obtenção da desejada eficiência quando da humanização da Administração Pública.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como propósito explicar de forma objetiva como a adoção de meios consensuais de resolução dos conflitos pelos entes da administração pública pode tornar mais eficiente e humanizada a resolução das contendas administrativas, principalmente quando os dados quantitativos demonstram que o próprio poder público é um dos responsáveis pelo contexto de crise pelo qual passa o Poder Judiciário.

Esses dados demonstram quão necessária é a adequação do uso dos meios não adversariais de resolução dos conflitos pelos entes públicos, não apenas em prol da economicidade do erário, mas em benefício de todo o sistema judicial.

A Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 32, e o Código de Processo Civil, em seu artigo 174, representam um papel central nesta mudança de paradigma a ser adotado pela administração pública na forma como administra controvérsias, contudo referidas

alterações dentro de uma cultura jurídica enraizada nos processos judiciais tendem a ser lentas e graduais.

Nesse contexto, é possível que um acordo seja a opção mais democrática e satisfatória para os envolvidos em conflitos administrativos, não apenas em razão da eficiência, mas essencialmente pelos fatores de satisfação dos litigantes, porquanto por vezes o resultado das demandas judiciais não é proveitoso para as partes.

Por todo o exposto, as evidências apontam que saídas autocompositivas podem aumentar os ganhos de eficiência e humanização para o Estado. Para tanto, é necessário incentivar uma nova mudança de mentalidade no âmbito administrativo, em especial para o senso de cooperação. Desta forma, a Administração Pública passa a incentivar que pessoas, grupos e empresas possam ser protagonistas na composição dos seus conflitos quando ocorram eventuais divergências com a gestão pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, D.F., 29 jun. 2015. p.1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão. 694/2014**. Plenário. Relator Valmir Campelo. Sessão de 26/03/2014. 2004a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/694%252F2014%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/o/sinonimos%253Dtrue?uuid=4e4dc7b0-3d8f-11eb-bc95-85a66a1b0cfc> Acesso em: 13 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão. 1.401/2014**. Segunda Câmara. Relator José Jorge. Sessão de 08/04/2014. 2004b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/%25201.401%252F2014/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/2/sinonimos%253Dtrue?uuid=4d13f2b0-3d90-11eb-8b8b-3b92a7d00b4f> Acesso em: 13 dez. 2020.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 25-28.

COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. **Revista de Direito dos Advogados da União**. Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003> Acesso em: 13 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2019**: ano base 2018. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5dod1932ec6632e.pdf> Acesso em: 26 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2020**: ano base 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> Acesso em: 22 nov. 2020.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, v. 16, n. 61, jan./mar. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%2C%20leila%3B%20moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf Acesso em: 29 nov. 2020.

DADALTO, Lucas. **Controle judicial da Administração Pública à luz do princípio da eficiência**: viabilidade e parâmetros. 2018. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-BAMJ8T> Acesso em: 05 dez. 2020.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**, Porto Alegre, v. 36, n. 75, p. 55-7, 2015.

FACCI, Lucio Picanço. **Meios Adequados de Resolução de Conflitos Administrativos**: A Experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991> Acesso em: 01 set. 2020.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos**: teoria e prática. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 49.

GOULART, Juliana Ribeiro; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Como se pode fazer mediação na administração pública? **Empório do Direito**, 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/como-se-pode-fazer-mediacao-na-administracao-publica-por-juliana-ribeiro-goulart-e-paulo-roney-fagundez-avila/> Acesso em: 13 dez. 2020.

GOULART, Juliana Ribeiro. **Concretização do acesso à justiça**: a mediação judicial e o reconhecimento do ofício do mediador judicial no Brasil. 2018. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2018.

LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set./dez. 2016. Disponível em: <http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66664> Acesso em: 05 dez. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 231:129-156, jan/mar. 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020.

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. **Mediação na Administração Pública Brasileira: O desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018.

SOUZA. Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. *In*: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. (Im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a Administração Pública: do conflito à posição do terceiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 18, n. 3, p. 69-93, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 05 dez. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. *In*: WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. Buenos Aires: Angra, 1998.

O PRAZO DE INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES:

a interpretação dada pelos tribunais superiores à Lei Federal n.8112/90 e sua aplicação no âmbito da Lei Complementar Estadual n. 491/2010

Karine Broering de Campos¹

RESUMO

O presente artigo visa propor uma reflexão sobre os prazos de interrupção da prescrição nos processos administrativos disciplinares, à luz da Lei n. 8112/1990, no âmbito federal, e da Lei Complementar n. 491/2010, no âmbito do Estado de Santa Catarina, confrontando as divergências e sinalizando as semelhanças. Analisa as fases do processo administrativo disciplinar e o lapso de interrupção dos prazos prescricionais, que ocorre durante o tempo, em dias, estabelecido pela legislação para a duração do processo, até seu deslinde final. Traz o entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao referido lapso, bem como faz uma análise à interpretação dada pelo Tribunal Estadual de Santa Catarina, em julgados que estabeleceram nova contagem de dias.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Processo administrativo disciplinar; Prescrição; Prazo de interrupção.

1 INTRODUÇÃO

O Processo Administrativo Disciplinar é destinado à apuração de infrações disciplinares supostamente cometidas por funcionário público, com a finalidade de manter o funcionamento correto dos órgãos e entidades públicas, em respeito aos princípios que regem a Administração Pública, com base na conduta moral e ética de seus servidores.

A Constituição Federal (BRASIL, [2022]) garante a todos, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, a razoável duração do processo, quer seja na esfera judicial ou administrativa, de forma que um processo administrativo disciplinar possui prazo estabelecido por lei para sua duração, desde o início dos trabalhos a serem desenvolvidos pela Comissão Disciplinar, que irá ser responsável pelo trâmite processual, até o seu julgamento.

No âmbito federal, a Lei n. 8112/90 (BRASIL, 1990) dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, regulamentando o processo administrativo disciplinar, enquanto que, no estadual, a legislação vigente acerca do tema é a Lei Complementar n. 491/2010 (SANTA CATARINA, 2010).

¹ Especialista em Advocacia e Dogmática Jurídica. Especialista em Inteligência Policial. Graduada em Direito pela UNIVALI. Escrivã de Polícia Civil em atuação na Consultoria Jurídica do Colegiado Superior de Segurança Pública e Perícia Oficial. Florianópolis/SC, Brasil. E-mail: karinebroering@gmail.com

Os Tribunais Superiores há muitas décadas vêm consolidando firme posição de que o lapso temporal que antecede a contagem do prazo prescricional é o total de dias estabelecido pela lei para a duração do processo, considerando todas as suas fases, em interpretação dada aos artigos da Lei n. 8112/90. Tal entendimento foi diuturnamente seguido pelos demais Tribunais Estaduais do país e, inclusive, recentemente sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Recentemente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina lançou decisão seguindo alguns dos termos da interpretação do Tribunal Superior, mas, em certa parte, com diversidade de entendimento acerca do tema, deixando de considerar na contagem os dias destinados à fase de julgamento.

Assim, busca-se delimitar as decisões dos Tribunais e seus fundamentos, com base nas legislações mencionadas, abordando o problema que se estabeleceu diante da nova roupagem dada ao tema pelo E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Quanto à metodologia, de acordo com Pasold (2018), o presente trabalho teve base lógico-investigativa apoiada no método indutivo,² e como fontes a legislação, a doutrina nacional e a jurisprudência relacionada ao processo administrativo disciplinar. As técnicas de pesquisa foram as do levantamento, bibliográfica e documental.

2 A LEI N. 8112/90 E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO LAPSO DE INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Para controle da conduta de seus agentes, a Administração Pública utiliza-se de procedimentos diversos, que recebem a denominação de *processo administrativo*, sendo o disciplinar uma de suas espécies, a fim de garantir a supremacia do Estado sobre os que a ele se vinculam, submetendo-se à sua disciplina (MEIRELLES, 2011).

A Lei nº 8.112, de 1990, em seu art. 151, disciplina no âmbito federal, sobre as etapas do processo administrativo disciplinar, *in verbis*:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;

II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

III - julgamento.

No artigo seguinte, a Lei estabelece que o processo disciplinar deverá ser concluído no prazo de 60 dias, prorrogáveis, se necessário, por igual período, a contar do dia da publicação da portaria instauradora, a saber:

¹ 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, 2018, p. 91).

Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

Na fase de julgamento, após o relatório final produzido pela Comissão Disciplinar, a autoridade julgadora deverá proferir sua decisão no prazo de 20 (vinte) dias, conforme artigo 167: “No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão”.

A doutrina, assim como a lei, especifica as fases processuais. Segundo Hely Lopes Meirelles (2011, p. 741), são cinco e na seguinte ordem: *instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento*.

Para José Armando da Costa (2005, p. 145): “O processo disciplinar desdobra-se numa série de atos que se iniciam com a portaria instauradora e se encerram com o julgamento da autoridade administrativa competente”.

Incontestável, portanto, que as fases processuais integram desde a instauração até o julgamento final do procedimento administrativo disciplinar.

Também regulamenta a mesma lei, no art. 142, parágrafo terceiro, que a instauração do processo levará à interrupção da contagem do prazo prescricional:

Art. 142. [...] § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente. § 4º . Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Ensina Bacellar Filho (2012, p. 292):

O exercício da competência administrativa sancionatória deve ser limitado no tempo por seu caráter oneroso e pelo gravame imposto àquele que deve suportá-la. Diante do princípio constitucional da prescritibilidade da pretensão punitiva da administração pública, deve privilegiar-se a interpretação segundo a qual as hipóteses excepcionais de interrupção e suspensão dependem de específica previsão legal para serem aplicadas.

Por isso, é de suma importância o estabelecimento correto das fases e do prazo de duração do processo disciplinar, a fim de que seja garantido ao servidor e à Administração Pública a correta aplicação da norma de interrupção, evitando impunidade do infrator e ausência de resposta à Sociedade.

Diante da celeuma que se criou em torno da contagem do prazo interruptivo nos processos administrativos disciplinares, diversas ações judiciais chegaram ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Tem-se assim, muitas decisões, desde o ano de 2010 até o presente ano de 2022, que estabelecem o entendimento superior de que o prazo prescricional se inicia quando findo o prazo de interrupção para a conclusão dos trabalhos.

Segue decisão do STF:

Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitu-

cionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. Segurança concedida. 1. A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional da infração, que volta a correr depois de ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que haja decisão definitiva. (STF. MANDADO DE SEGURANÇA MS 23.262 DISTRITO FEDERAL. Min. Dias Toffoli. J. em 23/04/2014).

E do STJ, tem-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENALIDADE DE SUSPENSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. NÃO-OCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 140 DIAS PARA CONCLUSÃO. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. 1. De acordo com jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, o prazo legal para término do processo administrativo disciplinar é de 140 (cento e quarenta) dias. 2. A contagem do prazo prescricional, após a interrupção prevista no art. 142, § 3º, da Lei nº 8.112 /90, deve ser retomada, por inteiro, a partir do término do prazo de interrupção, e não a partir da ciência do fato pela Administração, conforme pretende o impetrante. 3. Afasta-se a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal se, no momento da aplicação da pena de suspensão, ainda não tiverem transcorridos dois anos, contados a partir do fim do prazo de interrupção previsto no 142, § 3º, da Lei nº 8.112 /90. 3. Segurança denegada. (STJ - MANDADO DE SEGURANÇA MS 12767 DF 2007/0085663-5. Data de publicação: 20/05/2010).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. 1. Nos termos da Súmula 635 do STJ: “Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei n. 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido - sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar - e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção.” 2. Hipótese em que o Tribunal de origem divergiu do entendimento desta Corte, ao consignar que a interrupção da prescrição não cessa enquanto não findar o processo administrativo disciplinar, devendo ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva da Administração em razão dos elementos registrados nas instâncias ordinárias. 3. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no REsp 1918095 / RJ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2021/0022008-3. Julgado em 18/02/2022).

Cabe frisar a importância da razoável duração do processo administrativo, norma constitucional garantida no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, uma vez que “um processo que perdura por longo tempo transforma-se num cômodo instrumento de ameaça e pressão” (BACELLAR FILHO, 2012, p. 459).

Por força do princípio da celeridade processual, a Administração deve atuar no processo com presteza, assegurando razoável duração e celeridade na sua tramitação (BANDEIRA DE MELO, 2011, p. 508).

Em decorrência da tamanha quantidade de casos da mesma matéria que aportaram no Superior Tribunal, foi referendada a Súmula n. 635, de 17 de junho de 2019, com o seguinte teor:

Os prazos prescricionais previstos no artigo 142 da Lei 8.112/90 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo tomar conhecimento do fato, interrompendo-se com o primeiro ato de instauração válido, sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar, e volta a fluir por inteiro após decorridos 140 dias desde a interrupção.

Desta forma, restou sacramentado que o prazo de interrupção para iniciar a contagem do prazo prescricional do processo administrativo disciplinar é de 140 (cento e quarenta) dias, considerando os 60 (sessenta) dias para a conclusão da instrução, mais 60 (sessenta dias) no caso de necessidade de prorrogação, acrescidos de 20 (vinte) dias destinados ao julgamento, encerrando assim, em 140 dias todas as fases processuais.

Citando Francisco Xavier da Silva Guimarães, Bacellar Filho (2012, p. 460-461) completa:

[...] embora a instauração do processo administrativo disciplinar interrompa a contagem da prescrição, uma vez expirado o prazo legal de cento e quarenta dias sem a sua conclusão – sessenta dias, prorrogáveis por igual período, e mais vinte dias para ser exarada a decisão -, reinicia-se a contagem do prazo prescricional: “instaurado o processo disciplinar (causa suspensiva da prescrição), desaparece o prazo anteriormente computado, estabelecendo-se um hiato que persistirá até o prazo previsto em lei para a decisão final, quando será reiniciada a contagem do lapso temporal da prescrição”.

Desta forma, estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o que dita a doutrina, uma norma clara e precisa que exterminou qualquer dúvida sobre o prazo interruptivo da prescrição nos procedimentos administrativos disciplinares.

3 A LEI COMPLEMENTAR N. 491/2010 E AS NORMAS AFETAS AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

A Lei Complementar n. 491, de 20 de janeiro de 2010, criou o Estatuto Jurídico Disciplinar no âmbito da Administração Direta e Indireta do Estado de Santa Catarina, dispondo em seu artigo 4º que: “Ao ter ciência de fatos noticiados que configuram ilícito administrativo e constatada a inexistência de providências, é facultado à Procuradoria-Geral do Estado determinar ao órgão onde ocorreram os fatos a abertura de sindicância ou processo administrativo”.

Em seu Capítulo V, a Lei traz especificidades ao trâmite do processo disciplinar, regulamentando suas fases na Seção II, e, em seguida, discorrendo sobre a instauração e prática instrutória.

Diz o artigo 35:

Art. 35. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;

II - instrução;

III - defesa;

IV - relatório conclusivo; e

V - julgamento.

Antes desse artigo, a referida lei complementar explicitamente trata do ato interruptivo no artigo 22, dizendo que “a abertura de sindicância ou a instauração do processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente”.

Seguindo, o artigo 38 discorre sobre os prazos de duração do processo disciplinar, a saber:

Art. 38. Iniciar-se-ão os procedimentos processuais disciplinares no prazo de 10 (dez) dias, a contar da publicação da Portaria no Diário Oficial do Estado e encerrar-se-á no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, e em caso de força maior, por prazo determinado a critério da autoridade competente, não excedente a 60 (sessenta) dias.

O artigo delimita a duração em 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, totalizando 120 (cento e vinte) dias. Estabelece ainda que, em caso de força maior, que obviamente deve ser comprovada nos autos, o prazo pode ser estendido até mais 60 dias, a critério da autoridade competente.

Mais adiante, a Lei menciona que, acerca da fase do Julgamento, a Subseção V estabelece que a autoridade julgadora terá o prazo de 20 (vinte) dias para proferir a sua decisão: “Art. 57. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão”.

Computa-se, portanto, no mínimo, 140 dias para a conclusão do processo, da mesma forma que estabelecida pela lei federal.

Contudo, julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, destoam de tal entendimento. Entre eles, pode-se citar o recente Acórdão n. 0312248-17.2017.8.24.0023, julgado em 10/08/2021, pela Quinta Câmara de Direito Público; Acórdão n. 5021343-26.2020.8.24.0000 (Julgado em 25/11/2020), n. 5021343-26.2020.8.24.0000 (Julgado em 24/02/2021), n. 5037474-76.2020.8.24.0000 (Julgado em 24/03/2021), n. 0022270-47.2016.8.24.0023 (Julgado em 22/04/2021) e n. 5022363-18.2021.8.24.0000 (Julgado em 28/07/2021). Outros tantos realizados nos anos anteriores seguiram a mesma interpretação, aplicando ao ato interruptivo apenas a contagem de 120 (cento e vinte) dias.

A fundamentação trazida nos mencionados acórdãos origina-se com uma citação realizada no Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2012.082224-5, julgado em 06/08/2013, a saber:

MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL SOBRESTADA ATÉ A CONCLUSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. IMPOSSIBILIDADE DE A SUSPENSÃO PREVALECER ATÉ APÓS O DECURSO DO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 38 DA LCE N. 491/2010 PARA CONCLUSÃO DO PAD. NECESSIDADE DE QUE O ART. 63 DO REFERIDO CORPO NORMATIVO SEJA INTERPRETADO DE FORMA SISTÊMICA. DIREITO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO QUE NÃO PODE SER INDEFINIDAMENTE SUSPENSO, MORMENTE QUANDO O PAD JÁ TRAMITA POR 7 (SETE) ANOS SEM CONCLUSÃO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA SOB REEXAME NECESSÁRIO. O art. 63 da LCE n. 491/2010 deve ser interpretado de forma sistêmica, sem ignorar o prazo estabelecido no art. 38 do mesmo diploma. Assim, conclui-se que o processo de aposentadoria de servidor público estadual deve permanecer suspenso enquanto tramitar contra ele processo administrativo disciplinar; porém, **uma vez extrapolado o prazo de 120 (cento e vinte) dias legalmente estabelecido, o sobrestamento não deve prevalecer.** (TJSC - Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2012.082224-5, da Capital. Relator Des. Jorge Luiz de Borba. Julgado em 06/08/2013). (RNMS 2012.082224-5, rel. Des. Jorge Luiz de Borba).

Consta no corpo da decisão:

Trata-se de reexame necessário de sentença em que se reconheceu o direito à aposentadoria ao impetrante, servidor público estadual cujo procedimento administrativo destinado à obtenção do referido benefício previdenciário fora sustado ao argumento de pender contra ele processo administrativo disciplinar. A Lei Complementar Estadual n. 491/2010, em seu art. 63, dispõe: O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade eventualmente aplicada. *In casu*, porém, o processo administrativo disciplinar em questão, desde o seu nascedouro em 2004, tramitou por 7 (sete) anos sem conclusão. É evidente, nesse contexto, que não se justifica a suspensão da pretensão de o impetrante aposentar-se, a qual não pode permanecer indefinidamente à mercê da finalização do processo disciplinar. O art. 63 da LCE n. 491/2010 há de ser interpretado sistematicamente com o seu art. 38, que prevê o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para conclusão do processo administrativo disciplinar, *in verbis*: Iniciar-se-ão os procedimentos processuais disciplinares no prazo de 10 (dez) dias, a contar da publicação da Portaria no Diário Oficial do Estado e encerrar-se-á [sic] no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, e em caso de força maior, por prazo determinado a critério da autoridade competente, não excedente a 60 (sessenta) dias. Assim, uma vez extrapolado o referido prazo, não mais se justificará o sobrestamento do processo de aposentadoria do servidor público indiciado.

Diante desta decisão, outros Acórdãos da mesma temática seguiram referida fundamentação, como é o caso da decisão proferida no Mandado de Segurança n. 4011316-40.2016.8.24.0000, julgado em 28/02/2018. Segue ela:

3 Cabe abrir um parêntese para esclarecer quanto ao citado lapso de "suspensão" pelo Acórdão. Em verdade, o prazo é interruptivo e não suspensivo como menciona a r. decisão, uma vez que começa a contar novamente desde o início, e não em continuidade ao prazo já decorrido.

SERVIDOR PÚBLICO - POLICIAL CIVIL – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PRESCRIÇÃO. Não é inválida a disposição de lei ordinária que estabeleça que o prazo prescricional não corre durante o regular andamento do processo administrativo disciplinar. A regra, porém, não pode resultar na eternização dos feitos. Por isso, a jurisprudência limita aquela suspensão à obediência aos acanhados prazos previstos para o encerramento da instância extrajudicial. **No caso dos policiais civis de Santa Catarina, o lapso dessa suspensão é de no máximo 120 dias, nos termos de precedente da 1ª de Direito Público (rel. Des. Jorge de Borba), ainda que, por força da legislação da União, se mencionem comumente 140 dias.**

Há previsão no mesmo Estatuto dos Policiais Civis no sentido de a pendência de processo criminal impor o sobrestamento do feito disciplinar, identicamente obstada a fluência da prescrição. Essa norma foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial e não pode prejudicar o rumo do prazo extintivo. Ainda mais, no caso concreto, este Grupo de Câmaras impôs o andamento do processo administrativo independentemente da decisão penal quanto ao mesmo impetrante. Como complicador, a decisão da Secretaria de Segurança que implicou interrupção nem sequer foi ratificada pela Procuradoria-Geral do Estado. Aplicada a pena de demissão (no caso, a cassação de aposentadoria), a tipificação a ser considerada para escolha do prazo prescricional tem que ser aquela definida na decisão administrativa condenatória. Caso contrário, o servidor seria prejudicado por uma acusação que se demonstre depois excessiva, invertendo-se o sentido lógico da prescrição: tanto maior o prazo quanto mais grave a imputação. Aqui, a decisão do Governador do Estado, ao cassar a aposentadoria do policial, se deu mais de seis anos depois do princípio do processo. Excluída causa de suspensão pela espera do processo administrativo, houve mais de seis anos desde a instauração do processo - prazo muito superior à prescrição penal aplicável, que deve ser contada nos termos do Código Penal, sem aditamentos relacionados à continuidade delitiva, assim como aos cinco anos - como regra - da prescrição quanto à pena de demissão. (TJSC - Mandado de Segurança n. 4011316-40.2016.8.24.0000, Relator: Desembargador Relator Hélio do Valle Pereira. Julgado em 28/02/2018).

Do corpo do Acórdão, extrai-se:

[...] 2. Há a prescrição sustentada, merecendo o ato de cassação de aposentadoria ser mesmo excluído - e por isso estimo ser desnecessária a análise dos demais fundamentos expostos neste mandado de segurança. Para isso traço um histórico dos acontecimentos (em situações envolvendo essa temática, a contagem dos prazos é tarefa quase sempre obrigatória), o que permitirá uma melhor depuração temporal do episódio. 3. [...] É por isso que, independentemente de maior aprofundamento quanto à incidência de uma ou de outra regra (nem sequer há de se falar em conflito aparente de normas, porquanto, ainda que uma seja especial e precedente em relação à outra, ambas consideram que o prazo extintivo volta a correr apenas depois de encerrado o processo administrativo), deve-se respeitar o primado da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF). Dito de outro modo, não é aceitável que um processo administrativo, ainda mais sensível como um de natureza disciplinar, que pode inclusive conduzir à demissão (ou à cassação da aposentadoria, como no caso), possa ter a contagem da prescrição paralisa-

da excessivamente em prejuízo do acusado. Daí por que há um lapso de tolerância para que a causa administrativa tenha encerramento: Art. 38 da Lei 491/10: Iniciar-se-ão os procedimentos processuais disciplinares no prazo de 10 (dez) dias, a contar da publicação da Portaria no Diário Oficial do Estado e encerrar-se-á no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, e em caso de força maior, por prazo determinado a critério da autoridade competente, não excedente a 60 (sessenta) dias. É viável, então, fazer a interpretação conjugada da norma: há um prazo para a finalização da fase administrativa (120 dias), mas se ele for superado o curso da prescrição há der retomado. [...] O tema, aliás, nem sequer é polemizado pelas partes, valendo-se o impetrante, a autoridade e o próprio Ministério Público da mesma premissa para a apresentação de seus argumentos neste writ. Há de se destacar, entretanto, que a Lei 8.112/90, aplicável aos servidores de outra esfera, possui prazo distinto (140 dias) para o encerramento do PAD, preponderando neste caso aquele interregno já mencionado (120 dias). Seja como for, mesmo que se considere o tempo mais dilatado de 140 dias - o qual em tese prejudicaria o postulante -, ainda assim, como será visto adiante, a prescrição seria alcançada.

4. Prosseguindo quanto aos marcos prescricionais e considerando-se o prazo máximo de 140 dias para a finalização do processo administrativo, a prescrição voltou a correr em 3 de junho de 2010 (poderiam ser também 120 dias e não haveria diferença quanto ao resultado). [...].

Percebe-se que o cerne da questão aqui, nos dois casos, não se refere ao prazo interruptivo, haja vista que, se considerados 140 ou 120 dias, os processos já estariam, de qualquer forma, prescritos. Mas a decisão foi contundente em fundamentar que, na esfera estadual, a interpretação a ser adotada seria a dos 120 (cento e vinte) dias, o que vem causando sérios prejuízos à Administração Pública, trazendo impunidade a servidores públicos que deveriam responder por seus atos ilícitos.

O princípio da moralidade administrativa assegura que “seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos” (BANDEIRA DE MELO, 2000, p. 89).

O entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina causa problemas com relação à moralidade administrativa, assegurando impunidade em processos que têm como tema principal a contagem de dias do ato interruptivo. Muitas vezes, por questão de alguns dias - que ultrapassam os 120 (cento e vinte) dias fixados pela Corte Estadual, mas que ficam aquém dos corretos 140 (cento e quarenta) dias -, servidores ficam impunes de penas graves como demissão, por exemplo, equivalendo-se à verdadeira declaração de inocência.

Em suma, as referidas decisões deixaram de considerar todos os dias relacionados às fases do processo administrativo disciplinar, considerando apenas a fase instrutória, deixando de computar a fase de julgamento. Tal acontecimento interfere diretamente na contagem do prazo prescricional dos processos administrativos disciplinares, trazendo a decretação incorreta de prescrição aos processos administrativos e prejuízo à Administração Pública.

Conforme visto acima, no citado artigo 35, assim como na esfera federal, o julgamento integra as fases do processo disciplinar, devendo o prazo para sua realização ser computado. Igual à lei federal, a Lei Complementar 491/2010 também dispõe sobre o ato interruptivo da prescrição, conforme mencionado no artigo 22.

Assim, é correto que o prazo prescricional volta a correr apenas depois de encerradas todas as fases do processo administrativo, inclusive a fase de julgamento, o que leva ao cômputo de, no mínimo, 140 (cento e quarenta) dias para a conclusão de todas as fases do procedimento administrativo disciplinar no âmbito estadual.

4 A PRORROGAÇÃO DE CASO FORTUITO DO ARTIGO 38 DA LEI ESTADUAL COMPLEMENTAR N. 491/2010

Além da divergência de entendimento interpretativo jurídico com relação à quantidade de dias do prazo interruptivo, questão superada diante da análise realizada, demonstrando-se que igualmente na lei federal, a lei estadual determina 140 (cento e quarenta) dias para o ato interruptivo, tem-se no citado artigo 38 da Lei Complementar Estadual n. 491/2010 uma prorrogação específica que vai além dos 140 (cento e quarenta) dias destinados às fases processuais.

Traz a lei estadual, além dos 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por igual período, da mesma forma que menciona a lei federal, outra possível prorrogação. Cita o artigo que a instrução se encerrará em 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, colocando, logo após a vírgula, a preposição aditiva “e”, continuando, “em caso de força maior, por prazo determinado a critério da autoridade competente, não excedente a 60 (sessenta) dias”.

Desta forma, permite a lei estadual que, justificada a “força maior”, a autoridade possa estender a instrução por mais 60 (sessenta) dias, além dos 120 (cento e vinte) dias previstos anteriormente para a fase de instrução.

Importante mencionar que a lei federal não traz tal extensão, não havendo julgados dos Tribunais Superiores quanto ao tema.

Conceitua-se “caso de força maior” como sendo a ocorrência de uma força física da natureza, previsível, independente da vontade do homem, e que não se pode evitar. O mundo jurídico não tem se preocupado em distinguir caso fortuito de força maior, nem assim o fazendo a lei, sendo tratados muitas vezes como sinônimos.

No Código Civil (BRASIL, 2002) está conceituado no parágrafo único, do artigo 393: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

A Lei Complementar Estadual n. 491/2010 não traz o conceito de força maior. Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 446), assim interpreta o artigo 393, do Código Civil:

O parágrafo único do artigo em questão conceitua o caso fortuito e a força maior como o fato necessário, cujos efeitos não são possíveis evitar, ou impedir. A lei equipara, portanto, os dois fenômenos. Para o Código, caso fortuito e força maior são situações invencíveis, que refogem às forças humanas, ou às forças do devedor em geral, impedindo e impossibilitando o cumprimento da obrigação. É o devedor faltoso, o inadimplente, que deve provar a ocorrência desses fatos. Há dois elementos a serem provados, um de índole objetiva, que é a inevitabilidade do evento, e outro de índole subjetiva, isto é, ausência de culpa. Deve o devedor provar que o evento surpreendente não poderia ter sido previsto ou evitado. Outro requisito pode ser lembrado nessa seara: a impossibilidade de executar a prestação, o que será examinado no caso

concreto. Só haveria sentido em distinguir caso fortuito de força maior se seus efeitos jurídicos fossem diversos.

Assim, permite a lei estadual que todas as fases processuais totalizem até 200 (duzentos) dias na conclusão do processo administrativo disciplinar.

Ressalte-se que referida tese foi apreciada em recente parecer jurídico da doutra Procuradoria-Geral do Estado, no Parecer n. 663/2021,⁴ que realizou a correta interpretação das normas estaduais, considerando os prazos do artigo 38 e 57 da LC 491/2010, pela contagem do total de 200 (duzentos) dias, antes de iniciar a contagem do prazo prescricional.

Colhe-se do corpo do referido Parecer:

[...] 2.3 Sobre a alegada ocorrência de prescrição O servidor recorrente alega que restou configurada a prescrição da pretensão punitiva em 25/08/2018, por não ter sido respeitado o prazo prescricional quinquenal previsto no Estatuto da Polícia Civil (Lei n. 6.843/86). Alega que a contagem do prazo prescricional quinquenal teve início em 11/04/2014, quando o fato se tornou conhecido da autoridade competente, e só foi interrompido em 24/01/2017, com a instauração do processo disciplinar. O prazo teria voltado a correr após 120 dias depois da instauração e teria ultrapassado os cinco anos previstos no art. 244, II, do Estatuto da Polícia Civil (Lei n. 6.843/86). O argumento do servidor recorrente não se sustenta, conforme se demonstrará a seguir. O Estatuto da Polícia Civil (Lei 6.843/86) trata da prescrição em seu artigo 244 da seguinte forma [...] A interrupção da prescrição produz efeitos durante o prazo para a apuração da infração disciplinar e o proferimento da decisão pela autoridade julgadora. A Lei Complementar 491/2010 prevê que: [...]. Conforme os dispositivos acima transcritos, o processo administrativo disciplinar deve ser instruído e julgado, no máximo, em 200 dias. Caso o prazo previsto na legislação não seja suficiente para a apuração dos fatos supostamente irregulares, reinicia o fluxo da prescrição, pois o prazo que a lei entende como razoável para a finalização do procedimento se esauriu. A contagem de prazo acima segue o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça que, embora se refira aos prazos prescricionais previstos na Lei Federal n. 8.112/1990, pode ser utilizado como parâmetro: Súmula 635: “Os prazos prescricionais previstos no artigo 142 da Lei 8.112/90 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo tomar conhecimento do fato, interrompendo-se com o primeiro ato de instauração válido, sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar, e volta a fluir por inteiro após decorridos 140 dias desde a interrupção.” Com base no critério acima esposado, verifica-se que o prazo prescricional voltou a correr em 13/08/2017, 200 dias após o início do processo administrativo disciplinar (24/01/2017). Encontrado o marco temporal inicial de contagem, é preciso verificar qual o prazo prescricional a ser aplicado no caso em análise.

Várias situações podem ser declaradas como caso de força maior, devendo ser, claramente, determinada e fundamentada no curso do procedimento pela Comissão

⁴ O processo administrativo disciplinar vinculado a este Parecer encontra-se em carga à Secretaria da Casa Civil, para decisão final pelo Exmo. Sr. Chefe do Executivo Estadual.

Processante, a fim de justificar o acréscimo de mais 60 dias ao prazo de conclusão do rito disciplinar.

Demonstra-se, portanto, que a lei estadual escreve ser de 200 (duzentos) dias o prazo máximo de conclusão do procedimento administrativo disciplinar, e não os 120 (cento e vinte) dias trazido pelo Tribunal de Justiça Catarinense em seus julgados.

Diante das grandes dificuldades que a Administração Pública encontra para honrar a celeridade de seus atos processuais, é de fundamental importância que se garanta todos os dias de direito estabelecidos pela lei para iniciar a contagem prescricional, uma vez que, conforme ensina Elody Nassar (2004, p. 35), o decurso do tempo é a barreira que se ergue contra o poder da Administração de punir o servidor que comete ilícitos administrativos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição realizada, conclui-se que os Tribunais Superiores há muito vêm consolidando o entendimento de que, antes de iniciar a contagem do prazo prescricional, deve-se atentar para o prazo interruptivo de 140 (cento e quarenta) dias. Essa conclusão faz-se com base na leitura dos artigos 152 e 167, da Lei Federal n. 8.112/90, nos quais os prazos para a conclusão do processo administrativo disciplinar são fixados em 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, e 20 dias para julgamento, o que configura o montante de 140 dias.

Em recentes decisões, o Tribunal de Justiça Catarinense fixou o prazo interruptivo em 120 (cento e vinte) dias, considerando apenas os 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, destinados pela lei à instrução processual. Referido entendimento, é o que se pensa, encontra-se correto, porém incompleto.

Olvidou-se de acrescentar aos 120 dias de prazo determinado para a instrução do processo os 20 (vinte) dias destinados pela lei à fase de julgamento, trazidos pelo artigo 57, da LC n. 491/2010.

O entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, em relação à Lei n. 8.112/90, que em muito se assemelha à Lei estadual, considera todas as fases do processo administrativo disciplinar para a fixação do prazo de interrupção da prescrição.

Conclui-se que a postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, há mais de década, é a interpretação correta e que deveria ter sido respeitada pelo E. Tribunal Estadual. A nova roupagem dada pela Corte Estadual trai a letra da Lei Complementar Estadual n. 491/2010, com leitura destoante do que a norma estadual escreve.

Ao deixar de integrar na contagem a fase de julgamento, a Corte Estadual traz certeza de impunidade àqueles que violam normas disciplinares, prejuízos institucionais no desempenho do controle disciplinar punitivo do Estado perante os seus servidores, tendo por consequência uma Sociedade descrente no exercício do poder punitivo disciplinar estadual.

Considera-se ainda que a lei complementar estadual traz, em seu artigo 38, extensão de prazo, que é o acréscimo de até 60 (sessenta) dias durante o trâmite processual, nos casos comprovados de força maior.

Assim, em atendimento ao que disciplina a lei estadual, tem-se de prazo interruptivo um total de até 200 (duzentos) dias para a conclusão do processo administrativo disciplinar.

Dentro desse cenário trazido pela nova decisão da Corte Estadual, considerando apenas 120 (cento e vinte) dias de interrupção, tem-se nutridas incertezas e lesividade ao resultado a ser alcançado pelos processos administrativos disciplinares, que é a efetiva punição ao infrator administrativo.

Por derradeiro, a dubiedade de entendimentos acerca da mesma matéria gera insegurança jurídica e traz certeza de impunidade em processos administrativos que não estariam decretados prescritos e alcançariam a devida punição do infrator, caso a interpretação adotada estivesse em consonância com a letra da lei estadual.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988 [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8112-11-dezembro-1990-322161-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 16 jun. 2022.

COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NASSAR, Elody. **Prescrição na administração pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

SANTA CATARINA. **Lei Complementar nº 491, de 20 de janeiro de 2010**. Cria o Estatuto Jurídico Disciplinar no âmbito da Administração Direta e Indireta do Estado de Santa Catarina. [Florianópolis: ALESC, 2010]. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2010/491_2010_Lei_complementar.html Acesso em: 10 jun. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E REGIME DE TRANSIÇÃO:

quem são os servidores públicos que podem se valer das regras de aposentadoria dispostas no artigo 6º, da Emenda Constitucional n. 41/2003, no artigo 3º, da Emenda Constitucional n. 47/2005, e nas de transição que as substituíram após o advento da EC 103/2019?

Leonardo Jenichen de Oliveira¹

RESUMO

O presente artigo visa esclarecer quem são os servidores públicos que podem se valer dos regimes previdenciários de transição previstos no artigo 6º, da EC 41/2003, e no artigo 3º, da EC 47/2005. O *caput* dos respectivos artigos, na redação anterior ao advento da EC 103/2019, elegia o critério temporal de ingresso no serviço público para determinar os servidores que seriam seus destinatários. Porém, a boa e correta compreensão da expressão “serviço público” é fundamental para que o intérprete do texto constitucional não atribua direitos a servidores públicos que, mesmo que pertencentes aos quadros de pessoal da Administração Pública antes dos respectivos marcos temporais, não eram segurados do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS e, consequentemente, não poderiam se valer dos ditos regimes de transição.

Palavras-chave: direito previdenciário; regime próprio de previdência social; regime de transição; EC 41/2003; EC 47/2005; EC 103/2019.

1 INTRODUÇÃO

O princípio do *tempus regit actum*, compreendido como corolário da segurança jurídica, ou como forma de proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal), pode ser tido como princípio geral do Direito. Aplicável em todas as searas jurídicas, ele determina que a lei vigente à época da formação do ato jurídico será a lei que o regerá, não importa se posteriormente revogada.

Sua aplicabilidade é aferível na esfera penal, que proíbe a retroatividade da lei penal, exceto se mais benéfica ao réu (artigo 5º, XL, da Constituição Federal), e na esfera civil, que determina que a validade dos negócios e atos jurídicos será aferida com base na lei vigente quando de sua constituição (artigo 2.035, do Código Civil). Todavia, talvez seja no Direito Previdenciário que sua aplicação ganhe ares mais claros, precisos, mas também complexos.

O desafio imposto a quem estuda o Direito Previdenciário e ao profissional que milita nessa área reside justamente no fato de que as normas no Direito Previdenciário parecem nunca morrer. Diferente do direito processual, por exemplo, cujas

¹ Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva. Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: leonardodeoliveira@pge.sc.gov.br.

leis aplicam-se desde logo aos procedimentos em curso, permitindo que o aplicador da norma, no dia a dia, utilize apenas a lei nova (talvez já se possa considerar que o Código de Processo Civil de 1973, revogado em março de 2016, bem como os manuais que se dedicaram a seu estudo, sejam objeto da História do Direito), no Direito Previdenciário, os benefícios serão regidos pela lei vigente quando da reunião de todos os requisitos pelo segurado ou por seu dependente, não importa se o usufruto do benefício ocorra anos após essa reunião, ou se, após o início do gozo do benefício, advier norma mais vantajosa para o beneficiário.²

Os regimes de transição, por sua vez, acrescentam uma dose maior de complexidade e mesmo de eternidade ao Direito Previdenciário. Eles não visam resguardar direitos adquiridos, mas meras *expectativas de direito*. Os regimes de transição permitem que o segurado se valha de determinada regra que fora revogada em data em que ele não ostentava todas as carências exigidas pela lei (ou mesmo nenhuma). Mas decorreriam os regimes de transição de mera liberalidade do legislador ou seria um imperativo da segurança jurídica? É possível extrair da Constituição alguma ordem que imponha proteção a direitos não adquiridos?

É no mínimo desafiador responder afirmativamente a essa última pergunta quando cedo que, segundo o Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido a regime jurídico (Recurso Extraordinário n. 563.708, Tese n. 24, da repercussão geral). Porém, o magistério de Virgílio Afonso da Silva auxilia na compreensão do lugar que têm os regimes de transição no ordenamento jurídico.

Segundo esse autor, a segurança jurídica vem em busca “de certa estabilidade em relação a fatos jurídicos ocorridos no passado, de clareza em relação ao direito vigente no presente, e de alguma forma de previsibilidade para relações jurídicas futuras”.³ Silva considera que a previsão de regras de transição é uma das formas de dar concretude ao princípio da segurança jurídica:

Em relação ao *futuro*, por razões até mesmo intuitivas, não se pode esperar segurança absoluta. Ainda assim, mesmo nos casos em que aquilo que era previsto não possa mais ser realizado, a garantia de segurança jurídica não pode ser esvaziada por completo. Ela demanda ao menos a criação de regras de transição. Um exemplo pode ser ilustrativo: se alguém trabalhou por décadas e contribuiu para um determinado modelo de previdência social e, um ano antes de preencher os requisitos para a aposentadoria, esse modelo é radicalmente alterado, com a consequente redução de valores que serão recebidos após a aposentadoria, a garantia de segurança jurídica, ainda que não seja capaz de impedir por completo a mudança, demanda regras de transição que levem em consideração o quanto justificada era a expectativa de direito. Assim, quem estava prestes a se aposentar, por ter uma expectativa clara de receber os benefícios calcados pelo modelo antigo, deverá ser abarcado por uma regra de transição que lhe garanta, no novo modelo, benefícios que, se não idênticos, deverão ser

2 O enunciado n. 359, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, editado ainda na década de 1960, afirma que “ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”.

3 Silva, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 240.

muito semelhantes aos do modelo antigo. Já para quem havia entrado no mercado de trabalho poucos meses antes da mudança nas regras da previdência, a expectativa de se aposentar, décadas depois, com base no modelo antigo dificilmente seria justificável. Como se percebe, expectativa, aqui, não é simplesmente um sentimento pessoal, mas algo que demanda justificativa robusta.⁴

Não merecem reparos as colocações de Virgílio Afonso da Silva. A criação de regras de transição é calcada na segurança jurídica e visa dar alguma estabilidade aos sujeitos de direito que expectavam adquirir aposentadoria, mas, antes mesmo do preenchimento dos requisitos necessários (ou seja, antes da aquisição do direito), são defrontados com reforma previdenciária que, via de regra, majora os prazos das carências e minora o valor dos proventos.

Esse é, exatamente, o caso a ser abordado neste artigo. A Emenda Constitucional n. 41, publicada em 31 de dezembro de 2003, promoveu inúmeras mudanças no RPPS, e uma das mais significativas foi a extinção das regras de integralidade e paridade, que permitiam aos segurados a possibilidade de adquirir aposentadoria voluntária por tempo de contribuição e idade com proventos em valor idêntico ao da última remuneração (integralidade) e com reajustes na mesma proporção e na mesma data em que fosse reajustada a remuneração dos servidores ativos (paridade).

Ao tempo que extinguiu essas formas de calcular e reajustar os proventos de aposentadoria dos servidores públicos, a EC 41/2003 trouxe, no artigo 6º, regime de transição que assegura essa forma de cálculo e reajuste aos servidores que ingressaram, até 31/12/2003, no serviço público. Norma com o mesmo desiderato está prevista no artigo 3º, da Emenda Constitucional n. 47, publicada em 6 de julho de 2005, mas que estatui como marco temporal a data de publicação da Emenda Constitucional n. 20, publicada em 16 de dezembro de 1998.

Esses dois artigos foram revogados recentemente pela Emenda Constitucional n. 103, publicada em 13 de novembro de 2019, mas isso não retira a importância de sua aplicação pois, como já dito, no Direito Previdenciário vige o princípio *tempus regit actum*. Ademais, como será visto mais atentamente, a EC 103/2019, em uma forma de continuidade normativa, incorporou o artigo 6º, da EC 41/2003, e o artigo 3º, da EC 47/2005, bem como não os revogou *per se* no âmbito dos Municípios e dos Estados, fato que, para tanto, seria preciso promover reformas previdenciárias em âmbito local. Assim sendo, nas esferas dos entes federativos subnacionais que não levaram a cabo sua reforma previdenciária, tais artigos mantêm-se plenamente em vigor.

Uma das maiores dificuldades desses regimes de transição é que, quando publicados, previam como seus destinatários os servidores públicos que tivessem ingressado no serviço público até certa data. Ocorre que, para fins de enquadramento na regra de transição, é preciso que este ingresso no serviço público seja, exclusivamente, em cargo público de provimento efetivo, no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

⁴ *Ibid.*, p. 241.

Porém, a simples e desatenta interpretação literal da expressão “ingresso no serviço público” pode possibilitar que determinados servidores celetistas, ocupantes de emprego efetivo, e segurados do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, quando do advento da EC 41/2003, usufruam de regra de aposentadoria já extinta e pela qual nunca ostentaram expectativa de direito.

2 DOS REGIMES DE TRANSIÇÃO PREVISTOS NO ARTIGO 6º DA EC 41/2003, E NO ARTIGO 3º DA EC 47/2005, E DE SEUS REAIS DESTINATÁRIOS

Uma das mais relevantes alterações promovidas pela EC 41/2003 foi extinguir as regras da integralidade e paridade. Essa extinção deu-se através da alteração da redação do artigo 40, § 3º, da Constituição Federal. Inicialmente, esse parágrafo determinava que os proventos de aposentadoria seriam calculados com base na remuneração do servidor, no cargo efetivo em que se desse a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderia à totalidade da remuneração. Posteriormente à reforma, o cálculo dos proventos de aposentadoria deveria considerar as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor, seja ao próprio RPPS, seja ao RGPS, nos termos a serem dispostos em lei específica.⁵

Entretanto, com o fim de resguardar a expectativa de direito dos servidores que já se encontravam em atividade, a EC 41/2003 previu regra de aposentadoria voluntária que assegurava ao servidor público a possibilidade de passar para a inatividade com proventos em valor igual à sua última remuneração e que seriam reajustados de forma paritária aos servidores ativos. Eis a redação dos artigos 6º e 7º, da citada emenda:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, **o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda** poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

- I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;
- II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e
- IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

⁵ A lei referida na nova redação do § 3º, do artigo 40, da Constituição Federal, foi editada em 2004. Trata-se da Lei Federal n. 10.887/2004, fruto da conversão em lei da Medida Provisória n. 167/2004.

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

O artigo 6º, transcrito acima, foi revogado pelo artigo 35, III, da EC 103/2019. Porém, essa revogação teve efeitos imediatos apenas para os servidores federais, porque, para os demais, a revogação só valeria se fosse publicada lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que a referendasse integralmente (artigo 36, II, da EC 103/2019). Logo, para os entes federativos que ainda não editaram tal lei (ou mesmo durante o tempo que levaram para editá-la, após o advento da EC 103/2019), o artigo 6º permanece perfeitamente em vigor.

A expressão “serviço público” ainda requer análise mais acurada. Tal expressão é disposta, no *caput*, como *condicionante* para se valer do regime de transição em questão, bem como, no inciso III, como *carência* de vinte anos de efetivo exercício no serviço público. E, não obstante a expressão “serviço público” seja idêntica no *caput* e no inciso III, do artigo 6º, da EC 41/2003, ela há de ter abrangência diversa num e noutro caso.

“Serviço público”, enquanto carência disposta no inciso III, do artigo 6º, da EC 41/2003, deve ter interpretação *ampla*, a abranger, inclusive, o serviço público efetivamente prestado enquanto servidor público com vínculo contratual com a Administração Pública e com vínculo previdenciário com o RGPS, como seriam o caso do servidor público concursado, ocupante de emprego público de provimento efetivo; do ocupante de cargo em comissão ou; daquele contratado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal.^{6 7}

Por outro lado, enquanto requisito para se valer do regime de transição, a expressão em análise deve ter abrangência mais *restritiva*, ou seja, deve abarcar apenas os servidores que, na data da publicação da EC 41/2003, ou seja, 31/12/2003, eram titulares de cargo efetivo no âmbito da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional de quaisquer dos entes da Federação brasileira. Em primeiro

6 Todos esses casos são hipóteses de filiação obrigatória ao RGPS, conforme artigo 9º, I, *i a m*, do Decreto Federal n. 3.048/1999.

7 Discute-se se seriam considerados como de efetivo exercício no serviço público o tempo de contribuição assim prestado enquanto empregado público de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista. Embora não seja o tema central deste artigo, é válido anotar que há os que defendem a possibilidade de consideração desse tempo de efetivo exercício como serviço público, como é o caso de Frederico Amado (**Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 1.991-1.992), mas, em sentido diverso, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira e Igor Volpato Bedone (**Direito Previdenciário Público – Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo**. Salvador: Editora JusPodivm, Salvador: 2018. p. 179-180).

lugar, porque o próprio RPPS é destinado apenas para os titulares de cargo efetivo, como disposto no artigo 40, *caput*, da Constituição Federal, com redação dada pela EC 20/1998. Em segundo lugar, porque apenas esses servidores, em 31/12/2003, já eram segurados do RPPS e ostentavam a expectativa de adquirir aposentadoria voluntária cujos proventos corresponderiam à última remuneração, nos termos dispostos no artigo 40, § 3º, da Constituição Federal (conforme redação anterior ao advento da própria EC 41/2003).

Sobre o tema, lecionam Juliana de Oliveira Duarte Ferreira e Igor Volpato Bedone:

[...] as regras de transição contempladas nas emendas editadas no bojo da Reforma Previdenciária têm o claro escopo de assegurar **expectativas de direito**. É dizer, destinam-se a proteger os servidores que eram vinculados ao RPPS quando do advento da alteração do sistema e que, por manterem-se a ele vinculados de forma ininterrupta, jamais perderam a expectativa de fazer jus à aposentadoria nos termos do regramento anterior.⁸

Nesse diapasão, os referidos autores clarificam a diferença que deve haver quando da interpretação da expressão “serviço público”, presente no artigo 6º, da EC 41/2003.

Curial notar que o “serviço público” exigido nesse contexto tem acepção diversa à que deve ser conferida ao mesmo termo, quando contemplado como carência, requisito específico para aposentação (artigo 40, § 1º, III, artigo 6º, III, da EC n. 41/2003 e artigo 3º, II, da EC n. 47/2005) enquanto, neste último caso, considera-se “serviço público” qualquer vínculo laboral com a Administração Direta e suas descentralizações de direito público (ainda que sob contrato de trabalho, e vínculo com o RGPS), **apenas o serviço público que implicar vínculo a Regime Próprio de Previdência Social ensejará o enquadramento do servidor nas regras de transição**. Ora, entendimento diverso protegeria expectativas de direito obviamente inexistentes.⁹

Douglas Figueiredo e Magadar Rosália Costa Briguet também entendem que, para fazer jus à aposentadoria prevista no artigo 6º, da EC 41/2003, é preciso que o servidor tenha ingressado em cargo público de provimento efetivo até 31/12/2003.

Sobre esse tema, parece que a melhor exegese do disposto no artigo 6º, da EC n. 41/2003, relativo ao ingresso no serviço público, respectivamente, até 31.12.2003, é a de que **só fazem jus a essas regras quem tenha ingressado no serviço público na condição de titular de cargo efetivo até a data da publicação da emenda – 31.12.2003**.

As regras transitórias foram previstas para aqueles que teriam direito de se aposentar pela normatividade anterior e que foram colhidos por novos requisitos e critérios e não para aqueles quem, na data das emendas, estavam submetidos a outras regras de aposentadoria, de um outro regime

8 FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte; BEDONE, Igor Volpato. *Direito Previdenciário Público – Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 186-187.

9 *Ibid.*

previdenciário. Essa é a finalidade das regras de transição: instituir disciplina especial em face do novo regime proposto, definindo o direito aplicável a certos casos e permitindo a adaptação das situações. Ora quem na data das emendas não tinha sequer expectativa de direito de aposentar-se pelas regras do regime próprio, como garantir-lhe as regras de transição? (Grifado)¹⁰

Nos casos em que o servidor público requerente da aposentadoria voluntária é titular de cargo efetivo e segurado do RPPS, no mesmo ente federativo que instituirá seu benefício, desde antes de 31/12/2003, não parece que a interpretação do artigo 6º causará maiores complicações. Todavia, a situação até então narrada ganha maior relevância em algumas situações específicas. É o caso, por exemplo, de entes federativos – Municípios, em sua maioria – que instituíram o regime estatutário e criaram seu próprio RPPS em data posterior ao advento da EC 41/2003.

Em tal cenário, os servidores eram titulares de emprego público de provimento efetivo e segurados do RGPS, mas, após a publicação da lei que cria o respectivo estatuto e o próprio RPPS (comumente atribuindo sua administração à entidade autárquica), passam a ocupar cargo público de provimento efetivo e a ser segurados do regime previdenciário previsto no artigo 40, da Constituição Federal.¹¹ Se tal migração de regime ocorrer após 31/12/2003, é evidente que estes servidores não poderão se valer da regra de transição prevista no artigo 6º, da EC 41/2003, que lhes asseguraria aposentadoria voluntária regida pelas regras da integralidade e paridade.

E isso porque, se esses servidores, antes de 31/12/2003, enquanto celetistas e segurados do RGPS, nunca ostentaram a expectativa de angariar aposentadoria com proventos integrais e com reajuste paritário, como viriam a angariar tal benefício após a publicação da EC 41, de 31/12/2003?

Esse entendimento foi veiculado pela Nota Técnica n. 03/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, do Ministério da Previdência Social, segundo a qual, a criação de regime previdenciário próprio, após a publicação das emendas constitucionais veiculadoras do regime de transição, não proporcionará ao servidor ex-celetista que passar a titularizar cargo público efetivo o direito à aplicação das regras constitucionais de transição.

[Em relação às] reformas previdenciárias, esta Secretaria considera correta a interpretação que limita o âmbito de aplicação do requisito relacionado à época de ingresso no serviço público tão somente aos servidores estatutários, titulares de cargo efetivo, porquanto os servidores celetistas, ocupantes de emprego público da Administração direta, autárquica ou fundacional do ente político foram excluídos, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 20, da proteção dos regimes próprios de previdência social, o que também importou a extinção do vínculo acaso existente com este regime previdenciário.

10 FIGUEIREDO, Douglas; BRIGUET, Magadar Rosália Costa. **O enquadramento do servidor nas regras transitórias de aposentadoria trazidas pelas Emendas Constitucionais n. 20/98, 41/2003, 47/2005 e 70/2012.** Regimes Próprios: aspectos relevantes. Lucia Helena Vieira (org.). São Bernardo do Campo: APEPREM, 2019. v. 13.

11 É importante pontuar que a migração de regime, segundo o Supremo Tribunal Federal, não viola a regra do concurso público, insculpida no artigo 37, II, da Constituição Federal, conforme precedentes da ADI 3.636/AM e do RE 1.346.262/SP.

Então, é certo que, a partir da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, os empregados públicos da Administração direta, autárquica ou fundacional não têm razão para nutrir qualquer expectativa de aposentação em regime previdenciário próprio, porque aquela reforma determinou a sua vinculação obrigatória ao Regime Geral. Ora, se nela foi decidida a sua exclusão do regime próprio de previdência do servidor, é equívoco sustentar que também lhes assegurou a aplicação de regras de transição pertinentes a este mesmo regime. Portanto, as regras constitucionais de transição [...] não se destinam aos servidores que, nos marcos temporais dos dias 16.12.1998 (que é o limite fixado pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 41 e art. 3º da Emenda Constitucional n. 47) e 31.12.2003 (termo final para os arts. 6º e 6º - A da Emenda Constitucional n. 41), estavam vinculados à Administração direta, autárquica ou fundacional do ente político por uma relação jurídica contratual (celetista), e não institucional.¹²

No âmbito dos Tribunais de Contas, que detêm a competência para exercer o controle externo de legalidade dos atos concessórios das aposentadorias dos servidores públicos (artigo 71, III, da Constituição Federal), verifica-se que o Tribunal de Contas da União chancela a interpretação proposta, como se verifica no acórdão seguinte:

REPRESENTAÇÃO. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO. ALEGADA CONTROVÉRSIA ENTRE ENTENDIMENTO DESTA CORTE DE CONTAS E ORIENTAÇÃO NORMATIVA DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUSÊNCIA DA CONTROVÉRSIA SUSCITADA. QUESTÃO JÁ TRATADA, EM SEDE DE CONSULTA, PELO PLENÁRIO DESTA TRIBUNAL. IMPROCEDÊNCIA.

1. O conceito de ‘serviço público’ trazido pelo art. 40, § 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, pelo inciso III do art. 6º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, e pelo inciso II do art. 3º da Emenda Constitucional n. 47, de 2005, deve ser entendido de forma ampla, para abranger também as empresas públicas e sociedades de economia mista.

2. Diverso é o conceito de ‘serviço público’ contido no *caput* do art. 6º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, e no *caput* do art. 3º da Emenda Constitucional n. 47, de 2005, que deve ser tomado de forma restrita, uma vez que as regras contidas nesses artigos, ditas de transição, aplicam-se exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, ao tempo da edição dessas emendas.

3. A Orientação Normativa MPS/SPS n. 2, de 31 de março de 2009, está em consonância com o entendimento esposado por esta Corte de Contas pelos Acórdãos n. 2636/2008-TCU-Plenário e n. 2229/09-TCU-Plenário.

(Acórdão n. 2921/2010 – TCU – Plenário, j. 03/11/2010).¹³

12 Nota Técnica n. 03/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2016/06/032013.pdf>. Acessado em: 01 maio 2022.

13 Processo 025.760/2009-0. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1156974/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acessado em: 08 maio 2022.

Em âmbito estadual, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, quando da prolação do Acórdão n. 541/20, no Processo n. 593585/18, relatado pelo Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães, manifestou o mesmo entendimento aqui esboçado. Uma de suas conclusões foi lapidar e merece ser reproduzida: “os destinatários das regras de transição são definidos pelo momento em que ingressaram no RPPS, ou seja, quem ingressou no regime previdenciário próprio até as datas limites das emendas constitucionais estarão a elas submetidos”.¹⁴

Ainda que o ente federativo ostente regime jurídico próprio para seus servidores há anos, até mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1998, como é o caso do Estado de Santa Catarina, cujo estatuto data de 1985 (Lei Estadual n. 6.745/1985), a correta forma de interpretar o artigo 6º, da EC 41/2003, é crucial para casos de contagem recíproca de tempo de contribuição. Explica-se.

O artigo 201, § 9º, da Constituição Federal, assegura a contagem recíproca de tempo de contribuição “entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, e destes entre si”. Assim, caso um indivíduo que ocupe emprego público efetivo no âmbito de algum Município (e, conseqüentemente, seja segurado do RGPS) em momento anterior a 31/12/2003, passe a ocupar cargo público efetivo do quadro de pessoal do Estado de Santa Catarina, posteriormente a 31/12/2003, ele poderá averbar o tempo de contribuição referente a seu vínculo anterior, inclusive considerá-lo para a contagem de efetivo exercício no serviço público. No entanto, não poderá se valer das regras de aposentadoria que assegurem integralidade e paridade.

Todo o raciocínio até então delineado aplica-se perfeitamente no caso do artigo 3º, da EC 47/2005, cujo marco temporal não é data de sua publicação, mas a data da publicação da EC 20/1998, ou seja, 16/12/1998. Veja-se:

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, **o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998** poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo.

¹⁴ Processo n. 593585/18. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2020/3/pdf/00343927.pdf>. Acessado em: 08 maio 2022.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

Os que costumam defender posicionamento contrário ao exposto no presente trabalho afirmam que a expressão “serviço público”, presente no *caput* dos artigos reproduzidos acima, deve incluir todos servidores públicos, mesmo que não detentores de cargo efetivo, porque o legislador constitucional não fez menção expressa a este requisito (como feito, por exemplo, na regra de transição do artigo 2º, da EC 41/2003), não cabendo ao intérprete fazê-lo. *Data maxima venia*, esse raciocínio mostra-se absolutamente reducionista e até mesmo simplório, frente à interpretação sistemática e lógica aqui abordada.

Porém, de fato, se o legislador constitucional, sabedor do forte apelo que detém a interpretação literal, tivesse inserido tal requisito de forma expressa no artigo 6º, da EC 41/2003, e no artigo 3º, da EC 47/2005, desincumbiria o intérprete de razoável esforço argumentativo.

3 ALTERAÇÕES DECORRENTES DA PUBLICAÇÃO DA EC 103/2019

Em 13/11/2019, quando da publicação da EC 103/2019, o artigo 6º, da EC 41/2003, e o artigo 3º, da EC 47/2005, foram revogados. Todavia, para não frustrar a expectativa de direito ostentada por alguns servidores de angariar aposentadorias com proventos calculados pelas regras da integralidade e paridade, o legislador constitucional previu nova regra de transição no corpo da EC 103/2019, porém agora com carências pouco mais exigentes para os servidores que, até o advento da EC 103/2019, não tinham adquirido o direito à aposentadoria voluntária em questão. Trata-se do artigo 4º, § 6º, I, e do artigo 20, § 2º, I, cabendo ao servidor optar pelo que lhe seja mais vantajoso. Veja-se.

Art. 4º O servidor público federal que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 56 (cinquenta e seis) anos de idade, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos de idade, se homem, observado o disposto no § 1º;

II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

III - 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público;

IV - 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; e

V - somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2022, a idade mínima a que se refere o inciso I do *caput* será de 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se homem.

[...]

§ 6º Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderão:

I - à totalidade da remuneração do servidor público no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 8º, para o servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003 e que não tenha feito a opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição Federal, desde que tenha, no mínimo, 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, ou, para os titulares do cargo de professor de que trata o § 4º, 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;

II - ao valor apurado na forma da lei, para o servidor público não contemplado no inciso I.

§ 7º Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo não serão inferiores ao valor a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal e serão reajustados:

I - de acordo com o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, se cumpridos os requisitos previstos no inciso I do § 6º; ou

II - nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, na hipótese prevista no inciso II do § 6º.

[...].

Art. 20. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;

II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

III - para os servidores públicos, 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria;

IV - período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no inciso II.

[...].

§ 2º O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderá:

I - **em relação ao servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003** e que não tenha feito a opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição Federal, **à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria**, observado o disposto no § 8º do art. 4º; e

II - em relação aos demais servidores públicos e aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ao valor apurado na forma da lei.

§ 3º O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo não será inferior ao valor a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal e será reajustado:

I - **de acordo com o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, se cumpridos os requisitos previstos no inciso I do § 2º;**

II - nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, na hipótese prevista no inciso II do § 2º.

Verifica-se que o novel regime de transição que substituiu, para os servidores federais, os regimes de transição do artigo 6º, da EC 41/2003, e do artigo 3º, da EC 47/2005, deixou expresso que para dele se valer é preciso ser titular de cargo efetivo até 31/12/2003. Uma interpretação honesta e comprometida com os princípios constitucionais, como o da isonomia e o da unidade da Constituição, não pode presumir que a titularização de cargo efetivo passou a ser necessária tão somente para os servidores federais e só após o advento da EC 103/2019. Esta emenda apenas teve maior cautela em tornar expresso o que antes era implícito e decorrente da própria lógica das regras de transição e da expectativa de direito que visam proteger.

O Estado de Santa Catarina, no mesmo sentido, após implementar sua reforma previdenciária, através da publicação da Lei Complementar n. 773/2021, previu regra de transição para os servidores que, até 31/12/2003, já eram segurados do RPPS, posto que já eram titulares de cargo efetivo. No artigo 65, §§ 6º, I e 7º, I, no artigo 66, §§ 2º, I e 3º, I, e no artigo 72, da Lei Complementar n. 412/2008, que trata do RPPS catarinense, encontram-se os novos regimes de transição que continuam assegurando aos servidores os antigos direitos de integralidade e paridade, cabendo também ao segurado estadual optar pelo que mais lhe aprouver.

Art. 65. O segurado que tenha ingressado no serviço público por meio de cargo efetivo até 1º de janeiro de 2022 poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – 56 (cinquenta e seis) anos de idade, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos de idade, se homem, observado o disposto no § 1º deste artigo;

II – 30 (trinta anos) de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

III – 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público;

IV – 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; e

V – somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2023, a idade mínima de que trata o inciso I do *caput* deste artigo será de 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se homem.

§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2023, a pontuação de que trata o inciso V do *caput* deste artigo será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 95 (noventa e cinco) pontos, se mulher, e de 100 (cem) pontos, se homem.

[...].

§ 6º Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos deste artigo corresponderão:

I – **à totalidade da remuneração do servidor público no cargo efetivo em que se der a aposentadoria**, observado o disposto no § 9º deste artigo, **para o servidor público que tenha ingressado no serviço público por meio de cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003** e que não tenha feito a opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição da República; ou

II – ao valor apurado na forma do § 5º do art. 70 desta Lei Complementar para o servidor público não contemplado no inciso I deste parágrafo.

§ 7º Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos deste artigo não poderão ser inferiores ao valor de que trata o § 2º do art. 201 da Constituição da República e serão reajustados:

I – **de acordo com o disposto no art. 72 desta Lei Complementar, se cumpridos os requisitos previstos no inciso I do § 6º deste artigo, observado o disposto no inciso XI do *caput* do art. 37 da Constituição da República**; ou

II – de acordo com o disposto no art. 71 desta Lei Complementar, na hipótese prevista no inciso II do § 6º deste artigo.

[...].

Art. 66. O segurado que tenha ingressado no serviço público por meio de cargo efetivo até 1º de janeiro de 2022 poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;

II – 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

III – 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público;

IV – 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; e

V – período adicional de contribuição correspondente à 50% (cinquenta por cento) do tempo que, em 1º de janeiro de 2022, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição de que trata o inciso II do *caput* deste artigo.

§ 1º Para o titular do cargo efetivo de professor que comprovar tempo de efetivo exercício das funções de magistério exclusivamente na educação infantil e no ensino fundamental e médio serão reduzidos, para ambos os sexos, os requisitos de idade e de tempo de contribuição em 5 (cinco) anos.

§ 2º O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderá:

I – **em relação ao servidor público que tenha ingressado no serviço público por meio de cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003** e que não tenha feito a opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição da República, **à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria**, observado o disposto no § 9º do art. 65 desta Lei Complementar, e

II – em relação aos demais servidores públicos, ao valor apurado na forma do § 5º do art. 70 desta Lei Complementar.

§ 3º O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo não terá valor mensal inferior ao salário-mínimo e será reajustado na forma prevista:

I – **no art. 72 desta Lei Complementar, observado o disposto no inciso XI do *caput* do art. 37 da Constituição da República, se cumpridos os requisitos de que trata o inciso I do § 2º deste artigo;** ou

II – no art. 71 desta Lei Complementar, na hipótese de que trata o inciso II do § 2º deste artigo.

[...].

Art. 72. Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos segurados do RPPS/SC e as pensões de seus dependentes, em fruição em 31 de dezembro de 2003, bem como os proventos de aposentadoria dos segurados e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 68, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos segurados em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos segurados em atividade, na forma da lei, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou da função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão por morte.

Sem grandes surpresas, o legislador complementar estadual deixou expresso que os servidores que poderão se aposentar com proventos idênticos à sua última remuneração e que sofrerão reajustes conforme o reajuste dado aos servidores ativos são os que, até 31/12/2003, já eram titulares de cargo efetivo, repisa-se: porque esses servidores ingressaram no serviço público e filiaram-se ao RPPS em momento no qual as regras da integralidade e da paridade ainda não tinham sido extintas pela

EC 41/2003, tendo o legislador considerado conveniente proteger as expectativas de direito.

É importante pontuar, igualmente, que para se valer de qualquer regime de transição, é preciso que o vínculo com o RPPS seja *ininterrupto*, pois a perda da qualidade de segurado leva à perda da expectativa de direito, de maneira que, em caso de reafiliação ao RPPS, por meio de nova investidura em cargo efetivo, o segurado só poderá se socorrer das regras vigentes quando de seu novo ingresso no serviço público. Esta é a disposição do artigo 70, da Orientação Normativa MPS/SPS n. 02/2009.

Art. 70. Na fixação da data de ingresso no serviço público, para fins de verificação do direito de opção pelas regras de que tratam os arts. 68 e 69, **quando o servidor tiver ocupado, sem interrupção, sucessivos cargos na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, em qualquer dos entes federativos, será considerada a data da investidura mais remota dentre as ininterruptas.**¹⁵

E o legislador catarinense merece elogios por ter acrescentado tal disposição na lei regente do RPPS estadual, como se verifica do artigo 69, da Lei Complementar n. 412/2008, com redação dada pela Lei Complementar 773/2021.¹⁶

4 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou abordar tema atinente ao regime previdenciário dos servidores públicos, qual seja, o regime de transição que assegura o direito à integralidade e à paridade para aqueles que ingressaram no serviço público até a publicação da EC 41/2003, que se deu em 31/12/2003. O artigo 6º, da referida emenda, que traz a respectiva regra de transição, possui dicção que poderia levar o aplicador da norma a nela abarcar segurados que integravam o serviço público antes de 31/12/2003, mas que ostentavam vínculo de natureza não estatutária com a Administração Pública, indo de encontro ao próprio regime de transição estatuído pelo Poder Constituinte Derivado.

Após a alteração normativa promovida pela reforma previdenciária de 2019 (EC 103/2019), a exigência de titularização de cargo efetivo passou a ser expressa, tanto nas novas regras de transição presentes em seu corpo, como na legislação complementar do Estado de Santa Catarina. A menção expressa ao cargo efetivo, pela novel emenda constitucional, não deve levar à conclusão de que, antes de seu advento, as regras de transição do artigo 6º, da EC 41/2003, e do artigo 3º, da EC 47/2005, seriam aplicáveis a todo e qualquer servidor público, mesmo vinculado à Administração Pública por vínculo contratual. Pelo contrário, deve ser encarada

¹⁵ Orientação Normativa MPS/SPS n. 02/2009. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/images/previdencia/2016/06/ORIENTACAONORMATIVASPSn02de31mar2009atualizadaate11jul2014-1-1.pdf>. Acessado em: 01 maio 2022.

¹⁶ Art. 69. Para fins de verificação do direito de opção às regras de transição de que tratam os arts. 65, 66 e 67 desta Lei Complementar, quando o segurado tiver sido titular, sem interrupção, de sucessivos cargos efetivos na Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional de qualquer dos entes federativos, será considerada como data de ingresso no serviço público a data da investidura ininterrupta mais remota.

como louvável forma de dirimir dúvidas quanto à interpretação da expressão “serviço público”, presente nas mencionas regras de transição.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte e BEDONE, Igor Volpato. **Direito Previdenciário Público – Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

FIGUEIREDO, Douglas; BRIGUET, Magadar Rosália Costa. **O enquadramento do servidor nas regras transitórias de aposentadoria trazidas pelas Emendas Constitucionais n. 20/98, 41/2003, 47/2005 e 70/2012**. Regimes Próprios: aspectos relevantes. Lucia Helena Vieira (org.). São Bernardo do Campo: APEPREM, 2019. v. 13.

LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo; MAIA, Maurício; KAUAM, Miguel Cabrera. **Reforma previdenciária** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DO PATRIMÔNIO PÚBLICO:

um olhar sobre as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21 e ADINs n. 7.042 e 7.043

Marcelo Adriam de Souza¹
Nataniel Martins Manica²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo, apresentar estudo sintético (sem a pretensão de esgotar o tema) a respeito do papel da advocacia pública no combate aos atos de improbidade administrativa e na defesa do patrimônio público. Para tanto, são analisadas, *prima facie*, as atribuições constitucionais da advocacia pública e o seu papel no combate aos atos de improbidade e administrativa para, ao final, aprofundar o olhar sobre alterações trazidas pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021 com a devida análise das ADINs n. 7.042 e 7.043. O estudo conclui pela legitimidade da atuação da Advocacia Pública na prevenção e no combate aos atos de improbidade administrativa, conforme atualmente reconhecido pela Suprema Corte Brasileira.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Advocacia Pública; Patrimônio Público; Fazenda Pública; Interesse Público

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo científico é analisar, de maneira sintética (sem a pretensão de esgotar o tema), o papel da advocacia pública no combate aos atos de improbidade administrativa e na defesa do patrimônio público, cotejando-se as alterações trazidas pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a lei de Improbidade Administrativa (Lei. n. 8.429/92) com as ADINs n. 7.042 e 7.043.

Em outras palavras, a pesquisa pretende responder às seguintes indagações: qual o papel da advocacia pública no combate aos atos de improbidade administrativa e na defesa do patrimônio Público? Quais foram as alterações implementadas pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a lei de Improbidade Administrativa (Lei. N. 8.429/92)? E, qual o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal

1 Procurador do Estado de Santa Catarina, membro do Núcleo de Ações Fiscais Estratégicas – NAFE. Graduado em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó, Chapecó, SC, Brasil. Especialista em Ciências Jurídicas, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade UNIBF. Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó, Chapecó, SC, Brasil. Doutorando em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, SC, Brasil. E-mail: marcelosouza@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. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público – ACMP. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo – FAMEESP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Território, Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular pela Universidade de Alicante (UA) – Espanha. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: nataniel@pge.sc.gov.br.

quando à legitimidade da advocacia pública para propor ações por improbidade administrativa?

Para tanto, o estudo iniciará com algumas considerações a respeito das atribuições constitucionais da advocacia pública, com enfoque nas Procuradorias Estaduais, abrangendo o conceito de Fazenda Pública e destacando suas competências funcionais. Após, será delineada a conformação conceitual e classificatória dos atos de Improbidade Administrativa apontadas pela doutrina contemporânea.

Na sequência, o estudo aprofundará a abordagem acerca do papel da advocacia pública no combate aos atos de improbidade administrativa e na defesa do patrimônio público. Analisará, por fim, o apanhado das principais alterações trazidas pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021 que afetaram a advocacia pública com a análise das ADINs n. 7.042 e 7.043, as quais tratam da legitimidade da advocacia pública para propor ações por improbidade administrativa.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são expostas as principais inferências realizadas ao longo do presente trabalho. Quanto à Metodologia,³ na fase de investigação e de tratamento dos dados foi empregado o método indutivo, utilizando-se das técnicas do referente, do fichamento, bem como da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA PÚBLICA

Ao se pensar na capacidade de representação jurídica da pessoa de direito público, fazendo-a atuar interna e externamente, administrativa e judicialmente, a instituição constitucionalmente vocacionada a exercer essa função é a advocacia pública. Mas, qual o papel que restou reservado pela Constituição a esta instituição de Estado? Qual a configuração do espaço jurídico constitucional dedicado à atuação dos advogados públicos?

De partida, pode-se afirmar que a advocacia pública representa uma das funções essenciais e indispensáveis à administração da Justiça, tendo como missão institucional a defesa e promoção dos interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por força da Constituição de 1988,⁴ suas atribuições são exercidas por membros de carreira efetivos, investidos inicialmente nos cargos somente após aprovação em concursos públicos de provas e títulos, cuja capacidade postulatória conferida é decorrente de lei e da posse no cargo público efetivo,⁵ bem

3 PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Teoria e Prática. 14. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 89 e ss.

4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: "Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei. Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas" (BRASIL, 1988).

5 Nesse sentido, dispõe o enunciado 644 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "Ao titular do cargo

como das demais prerrogativas asseguradas aos advogados pela Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados (BRASIL, 1994).

Além da indispensável atuação na seara contenciosa, aos advogados públicos incumbe o exercício de atividades consultivas, de assessoramento jurídico e orientação aos órgãos do Poder Executivo das respectivas unidades federadas, consoante previsto no art. 131, no capítulo ‘Das Funções Essenciais à Justiça’, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Por praticarem a advocacia em âmbito público, os membros da instituição são resguardados pela inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133, seção III, da Constituição Federal), reconhecendo-se que o exercício da advocacia é fundamental para a própria função jurisdicional do Estado e para o funcionamento da democracia.

Nesse viés, o Código de Processo Civil de 2015,⁶ pode ser considerado paradigmático para a instituição, porquanto inovou ao conferir, dentre outros preceitos indispensáveis ao cumprimento do mister, espaço destacado e isonômico à Advocacia Pública. Com efeito, o Título VI do referido Codex Processual pátrio, inscreveu as atividades de “*defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta*” (BRASIL, 2015).

Seja por meio da representação em âmbito judicial e administrativo ou do exercício da consultoria jurídica dos órgãos e entidades da Administração Pública, é certo que uma das missões constitucionais mais relevantes da Advocacia Pública cinge-se à defesa do patrimônio público e dos princípios que regem a Administração Pública.⁷ Em outras palavras, pode-se asseverar que o advogado público é responsável por promover a movimentação jurídica legítima da Fazenda Pública em direção à consecução do interesse público.

Não por acaso, conforme preceitua Cunha (2020), a categoria Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais, análoga com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público. É frequentemente utilizada a terminologia “*Ministério da Fazenda ou Secretaria da Fazenda*” para designar o órgão despersonalizado da União ou do Estado responsável pela política econômica desenvolvida pelo Governo. Trata-se da personificação do Estado abrangendo, em síntese, as pessoas jurídicas de direito público.⁸

Em uma acepção mais específica, Rossato (2015) afirma que se enquadram no conceito de ‘Fazenda Pública’ a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como suas autarquias e fundações públicas de direito público. Por sua vez, consideram-se excluídas dessa concepção as empresas públicas e sociedades

de procurador de autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo”.

⁶ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

⁷ Em especial os insculpidos no art. 37, *caput, verbis*: 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: [...].

⁸ A esse respeito, conforme disposto no art. 131, § 3º, da Constituição da República, em âmbito federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional é o órgão incumbido de representar a União na execução da dívida ativa de natureza tributária.

de economia mista, visto que gozam de personalidade jurídica de direito privado (art. 173, §1, da CF).

No empreendimento de delimitar a atuação e delinear o perfil jurídico-constitucional da Advocacia Pública, é importante agregar que a jurisprudência da Suprema Corte Brasileira também tem estabelecido algumas de suas diretrizes institucionais. Nesse sentido, oportuno enfatizar que, segundo consagrado pela Suprema Corte do Brasil, deve-se obedecer a duas pautas organizativas: a) as atividades de consultoria e representação em juízo devem ser organizadas, no âmbito de cada ente político, em um órgão e carreira centralizados, afastada a possibilidade de instituição de estrutura plural, uma vez vigente o princípio da unicidade da representação judicial (ADI 1.679, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de 21/11/2003); e, b) compete a esses órgãos e carreiras, com exclusividade, o exercício das referidas atividades de consultoria e representação em juízo, vedada a atribuição desses misteres a outras estruturas administrativas.⁹

Como se pode perceber, o perfil jurídico-constitucional da Advocacia Pública é estruturado de modo a fortalecer a defesa do patrimônio público e social, concretizado por meio de rol não taxativo de atribuições que, em síntese, se voltam ao funcionamento legítimo do Estado (sentido amplo) e do exercício de suas funções.

Nessa medida, qualquer interpretação que pretenda restringir a atuação da Advocacia Pública implica, em última análise, imposição indevida de limitações à defesa do interesse público. Dito de outro modo, limitar a atuação da Advocacia Pública implica restringir a força institucional do Estado na busca pela concretização da indisponibilidade do patrimônio público e da probidade administrativa.

Tendo por norte essa via de reflexão, vale indagar, no que interessa ao objeto do presente estudo, quais as competências e atribuições da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, entidade que corporifica as atribuições funcionais em âmbito estadual.

2.1 Regime jurídico de ação da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina

No âmbito dos Estados e do Distrito Federal, a Constituição da República define que a advocacia pública será exercida pelas Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, estabelecendo que estas exercerão a consultoria jurídica e a representação judicial das unidades federadas.¹⁰ Em essência, o perfil jurídico-constitucional conferido às advocacias públicas estaduais e distrital deve seguir o parâmetro federal,

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6053**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, processo eletrônico dje-179 divulg 16-07-2020 public 17-07-2020 republicação: dje-189 divulg 29-07-2020 public 30-07-2020.

10 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998). Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.⁵ Nesse sentido, dispõe o enunciado 644 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "Ao titular do cargo de procurador de autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo".

sem prejuízo das peculiaridades de cada unidade federativa e respeitadas as prerrogativas funcionais dos seus respectivos membros.

A esse respeito, nas palavras de Cunha (2020), os Estados são representados judicialmente por seus procuradores, organizados em carreira, na qual o ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases, os quais integram a Procuradoria-Geral do Estado, órgão componente da Administração Pública direta estadual.

Em Santa Catarina, conforme prescreve a Constituição estadual, a advocacia de estado é exercida pela Procuradoria-Geral do Estado, instituição responsável por prestar consultoria jurídica e representar o Estado-membro com exclusividade, judicial e extrajudicialmente, possuindo autonomia funcional e administrativa. Nesse sentido, na nobre missão de representar o Estado de Santa Catarina, tem por função buscar oferecer aos administrados serviços com agilidade, economicidade e eficiência nas prestações jurídicas, tendo como princípios a unidade dos serviços jurídicos e a indivisibilidade da instituição.¹¹

Ainda de acordo com a Constituição estadual de 1989, a Lei Complementar estadual n. 317/2005 é o diploma normativo que define o regime jurídico dos Procuradores de Estado e delinea o perfil das atribuições da Procuradoria-Geral do Estado.¹² Apesar disso, é de bom alvitre frisar que o modelo estadual de organização e funcionamento da instituição deverá respeitar os parâmetros dispostos pela Constituição Federal, em obediência ao postulado da simetria constitucional.¹³

No que interessa à presente pesquisa, conforme disciplinado na apontada Lei Complementar 317/05, dentre outras atribuições, incumbe à Procuradoria-Geral do Estado: promover a cobrança de dívida ativa; **propor a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa; assistir à administração pública no controle interno da legalidade e da moralidade administrativa de seus atos**;¹⁴ uniformizar a jurisprudência administrativa, bem como dirimir controvérsias jurídicas entre órgãos e entidades da administração pública direta e indireta.

Além disso, ao Procurador do Estado é atribuída, de acordo com o art. 69 da mesma lei, a prerrogativa de prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Estado, assim como exercer representação judicial e extrajudicial; transigir e dar ou receber quitações, nos limites da lei, desistir e reconhecer a procedência do pedido, na forma de ato normativo expedido pelo Procurador-Geral do Estado.

11 SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Art. 103. A Procuradoria-Geral do Estado, subordinada ao Gabinete do Governador, e a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa o Estado judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

12 *Ibid.* Art. 103, § 2º Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos arts. 132 e 135 da Constituição Federal (Redação do § 2º dada pela EC/50, de 2009).

13 Conforme leciona Leoney (2012), o Princípio da simetria ou paralelismo das formas constitucionais significa que os Estados, bem como suas normas constitucionais de organização devem se amoldar ao quadro federal, sob pena de inconstitucionalidade em face da Constituição da República, à qual as Cartas estaduais encontram-se subordinadas (art. 25, *caput*, CF, e art. 11, *caput*, ADCT).

14 O grifo é nosso e proposital ao intento do presente estudo.

Ainda, titularizam os advogados públicos estaduais a prerrogativa de requisitar às autoridades administrativas, civis ou militares, aos servidores dos órgãos e entidades da administração pública estadual direta e indireta e aos prestadores de serviços públicos, informações, processos administrativos e documentos em geral, bem como adotar outras medidas necessárias à instrução de processo ou defesa, em juízo ou na esfera administrativa (SANTA CATARINA, 2005). Outrossim, além das atribuições citadas, o art. 7º e seus incisos trazem as competências do Procurador-Geral do Estado, responsável por dirigir os trabalhos da instituição.¹⁵

Como visto, a Lei orgânica em testilha conferiu especial destaque à atuação dos procuradores de estado não somente nas tarefas de representação judicial e extrajudicial e de cobrança da dívida ativa estadual, mas dedicou-lhes papel especial para ajuizamento de ações de improbidade administrativa e de ações civis públicas, em obediência e prestígio ao regime republicano.

É dizer, ao conferir ditas capacidades institucionais também possibilitou à advocacia de estado a colheita, a apuração e o correto tratamento dos elementos informativos e probatórios destinados a comprovar e a subsidiar o preparo e a propositura de referidas demandas judiciais. Em outros termos, se o sistema constitucional conferiu a competência (ajuizamento da ação de improbidade e ação civil pública), logicamente estatuiu os meios necessários à concretização dessa competência (poderes de repressão, apuração e colheita de elementos informativos), de acordo com a teoria dos poderes implícitos.¹⁶

Bem delimitadas as atribuições e capacidades da Advocacia Pública, instituição consolidada na Procuradoria-Geral dos Estados e do Distrito Federal no âmbito dos Estados-Membros, importa adentrar na análise dos atos de improbidade administrativa para, na sequência, aprofundar a possibilidade de atuação do órgão de defesa do interesse público no combate aos comportamentos ditos ímprobos.

3 PROBIIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PROPOSTAS DE CONFIGURAÇÃO CONCEITUAL

Para que se possa avançar no estudo, entende-se recomendável ajustar o foco da investigação nas categorias probidade e improbidade administrativa, na tentativa de se identificar a essência dos atos que podem configurar a violação dos seus preceitos e acarretar a imposição de suas respectivas sanções.

Nessa perspectiva, de acordo com Silva (2014), a categoria probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções sem aproveitar dos poderes ou facilidades delas decorrentes, em proveito pessoal ou de outrem, a quem queira ou possa favorecer.

¹⁵ Dentre as quais se destaca o inciso XVII – autorizar ou determinar a propositura de ação em nome do Estado de Santa Catarina;

¹⁶ A teoria dos poderes implícitos tem sua origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente *Mc Culloch vs. Maryland*. De acordo com a referida teoria, consagrada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos* (MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.2007, DJ de 29.05.2007).

Sem deixar de concordar com os termos da formulação, poder-se-ia ajustar a reflexão proposta no sentido de que a probidade consiste no dever de o agente servir ao público, e em última análise à própria Sociedade, guiando-se pela honestidade e lealdade às instituições e ao interesse público. Sob essa ótica, o exercício da função pública somente se mostra legítimo, do ponto de vista jurídico-constitucional, se o seu agir revelar-se guiado pelos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade que deve nortear a atuação administrativa (CF, art. 37, *caput*).

Sob uma perspectiva jusfundamental, é possível analisar-se a probidade administrativa como postulado constitucional e direito de caráter difuso. Com essa compreensão leciona Bertoncini (2007), para quem a ela é atribuído caráter difuso de direito público subjetivo, pertencente à Sociedade brasileira, sendo o centro, o âmago do sistema jurídico, cuja extensão vem constantemente se expandindo.

Uma vez assim interpretada, não se pode deixar de levar em conta que a probidade administrativa passa a ser considerada cláusula pétrea, revestindo-se de valor irredutível, que jamais poderá ser enfraquecido. Desse modo, qualquer interpretação que almeje reduzir seu sentido e alcance, pode e deve merecer a ativação do controle de constitucionalidade, na via concentrada ou difusa, conforme determina a própria Constituição da República.

Em prol dessa via interpretativa, importa observar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1994), de há muito reconhece a existência de direitos fundamentais ainda que fora da normatização expressa no texto da Constituição.¹⁷ Nessa senda, viável visualizar-se a probidade administrativa como garantia fundamental decorrente do Estado Democrático de Direito e do Princípio Republicano, na medida em que não há titularidade individualizada, conforme previsto no parágrafo único do art. 1º da Carta Magna.¹⁸

Primordialmente, na vigência do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública em conjunto com os cidadãos, deve proteger e promover o interesse público, constituindo, conforme preceitua Cunha (2020), bem comum que axiologicamente se volta a assegurar o postulado da dignidade humana. Sob tal ótica, quando se refere à noção de combate à improbidade administrativa, busca-se resguardar o interesse público, sendo que o Estado deve servir de instrumento para sua defesa e promoção.

Na tentativa de extrair o significado e o conteúdo da categoria, importa enfatizar que o interesse público, conforme leciona Bandeira de Mello (2005, p. 51), deve-se ser compreendido não como a mera soma de interesses dos particulares, mas “*resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”. Ou seja, trata-se da conformação jurídica do interesse da coletividade reunida em sociedade politicamente organizada.

17 A título de exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF.

18 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 1º. 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. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Mas é possível avançar na definição buscando incorporar um significado concreto para o seu conteúdo e alcance. Em uma perspectiva jurídico-constitucional, pode-se compreender o interesse público muito mais conectado com os ditames de um Estado democrático e de uma Sociedade guiada pela ordem constitucional. Com essa perspectiva, tem-se o alerta formulado por Cristóvam (2013, p. 229):

O conceito de interesse público comum àquele modelo jurídico de cunho marcadamente liberal e individualista, no mais das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito a ter direitos (substanciais), deve ser suplantado por um conceito de interesse público adequado ao atual modelo de “Estado de direito inclusivo”, que assume obrigações perante os cidadãos e procura dialogar com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais, aqui nomeado de Estado constitucional de direito.

A partir disso, é sob uma perspectiva jurídico-constitucional da noção de interesse público que se pode exigir não somente do Estado, mas dos órgãos e agentes investidos de atribuições estatais, o compromisso ético e jurídico de agir conforme os ditames estabelecidos na Constituição e em respeito intransigente aos direitos fundamentais. Isso implica dizer que todo comportamento que desbordar de tais limites e se distanciar de tais coordenadas, poderá (e deverá) ter sua legitimidade questionada frente às instituições de controle da Administração e sob atenta fiscalização da Sociedade.

É com essa percepção contemporânea que se pode conceber o interesse público como expressão de uma pauta axiológica definida na e pela Constituição, centralizada no respeito aos direitos fundamentais e norteado pela dignidade humana. Vale dizer, a atuação administrativa deve obedecer aos ditames dos preceitos e normas constitucionais que asseguram a proteção do bem comum, em cumprimento à própria Função Social do Estado no contexto contemporâneo.¹⁹

A esse respeito, destacando a necessidade de cumprimento da função social pelo Estado contemporâneo, propõe Pasold (2013, p. 57):

A Função Social deve implicar ações que – por dever para a com a Sociedade – o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano.

Avançando na análise, oportuno assinalar que a Fazenda Pública se mostra como principal promotora do interesse público, não sendo titular deste, mas representante e detentora para preservá-lo em prol da Sociedade (CUNHA, 2020). Tendo isso em vista, já se pode explorar a categoria Improbidade Administrativa e sua conceituação, para, posteriormente, dar início à análise das inovações legislativas em discussão.

¹⁹ É interessante notar que a noção de Bem Comum, conforme enfatizado por Pasold, é categoria que deve ser estabelecida pela Sociedade, em dado momento e em determinado lugar. Ou seja, não é o Estado, tampouco o Governo, que seriam encarregados de moldar ou definir os contornos do conteúdo do Bem Comum, e sim o próprio Corpo Social organizado que, considerando a dinâmica de sua conformação e reprodução, há de estabelecer, guiando os compromissos do Estado na promoção ou eventual atingimento desses objetivos.

Para Lustoza (2017), a Improbidade Administrativa é entendida, contrariamente ao postulado da probidade, como o desvirtuamento dos agentes administrativos em afronta aos princípios nucleares da ordem jurídica. Os atos inquinados de improbidade manifestam-se por intermédio da obtenção de vantagens patrimoniais indevidas, exercício nocivo das funções públicas e a consequente quebra dos princípios administrativos.

Por seu turno Barbosa e Costa (2022) advertem que, ao conceito de improbidade administrativa deve ser conferido sentido amplo. Abrangem, assim, toda conduta dolosa corrupta praticada por agente público, em conjunto ou não com particulares, pessoas físicas ou jurídicas, que impliquem enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou ofensa aos princípios que regem a Administração Pública.

Com essa compreensão, observa-se que a tutela da probidade administrativa se encontra expressamente agasalhada por normas constitucionais, em especial o art. 37, §4º, da Carta Magna, que assim prescreve: “*os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*” (BRASIL, 1988).

Em idêntica direção, cabe mencionar que a Lei n. 14.230/2021, alterando a Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), positivou expressamente a probidade administrativa como norma tutelar do patrimônio público e social.²⁰ Além disso, expressamente delineou que os atos de improbidade violam a probidade na organização e no exercício da função do Estado, bem como agridem a integridade do patrimônio público e social da Administração (Art. 1º, § 5º).

Reconhecendo a gravidade da violação jurídico-constitucional, como decorrência da prática de improbidade administrativa, a Constituição da República possibilita a imposição de suspensão dos direitos políticos. É o que determina o artigo 15, inciso V, da Constituição Federal, no ponto em que estabelece: “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º” (BRASIL, 1988).

A improbidade administrativa possui contornos bem definidos pela Lei n. 8.429/92, a qual classifica os atos de improbidade em três categorias básicas: os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º),²¹ os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10)²² e, por fim, os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).²³

20 BRASIL. Lei n. 8.429/92. Art. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei (Redação dada pela Lei n. 14.230, de 2021).

21 *Ibid.* Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei n. 14.230, de 2021) [...].

22 *Ibid.* Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei n. 14.230, de 2021).

23 *Ibid.* Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei n. 14.230, de 2021) [...].

É importante mencionar que, no ano de 2021 houve alteração da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n. 14.230/2021. Dentre outras disposições, trouxe o novel diploma normativo como uma das principais alterações a ideia de que os danos causados por imperícia, imprudência ou negligência não são mais considerados atos de improbidade. Com efeito, a ação destinada a comprovar e punir o ato de improbidade deverá comprovar a vontade livre e consciente (conduta dolosa) do agente público de alcançar o resultado ilícito, não bastando a voluntariedade ou o mero exercício da função, assim como não poderá ser punida a ação ou omissão decorrente de divergência na interpretação da lei (Art. 1º, §§ 1º e 2º).

Resumidamente, a nova lei prevê, dentre outras medidas, o prazo de um ano para que o Ministério Público declare interesse na continuidade dos processos em andamento que, se não houver, acarretará a extinção do processo; torna a contratação de parentes um tipo de improbidade; prevê escalonamento de punições: em casos de menor ofensa à administração pública, a pena poderá ser limitada à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano; autoriza o parcelamento, em até 48 meses, do débito resultante de condenação pela prática de improbidade administrativa se o réu demonstrar incapacidade financeira de saldá-lo de imediato (BRASIL, 2021).

Por outro lado, prevê a limitação do bloqueio direto das contas bancárias dos acusados, com preferência ao bloqueio de bens de menor liquidez, como imóveis e automóveis; estabelece que a ação de improbidade administrativa será impedida em casos de absolvição criminal do acusado, confirmada por órgão colegiado, em ação que discuta os mesmos fatos e permite que as penas aplicadas por outras esferas sejam compensadas com as sanções aplicadas nas ações de improbidade administrativa (BRASIL, 2021). No mais, tais questões serão aprofundadas no título 5 deste artigo.

Conforme devidamente expresso por Osorio (2021), trata-se, pois, de lei posterior mais benéfica, o que implica em sua retroatividade, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, pois as garantias penais, por simetria, se aplicam ao direito administrativo sancionador, conforme a doutrina nacional preconiza desde longa data quanto às ações de improbidade e consoante jurisprudência pátria.

Em síntese, os atos de improbidade administrativa que geram enriquecimento ilícito se expressam na ação ímproba praticada a fim de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade. De outro lado, a lesão ao erário diante de uma ação ou omissão, dolosa que enseje perda patrimonial também implica improbidade administrativa. E, por fim, quando atenta contra os princípios da administração pública, a ação ou omissão dolosa viola os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade (arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 14.230/2021).

Portanto, a improbidade administrativa pode ser definida como ato praticado com violação ao dever jurídico-fundamental de servir ao público e, em última análise, à Sociedade, distanciado dos deveres de honestidade e lealdade às instituições e ao interesse público, incorrendo o agente na obrigação de reparar o dano causado ao erário, além das demais sanções previstas em lei pela prática do comportamento ímprobo.

4 O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO COMBATE AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Ao longo do tempo, progressivamente a advocacia pública está alterando seu paradigma institucional, deixando de ser simples defensora do ente público para desempenhar o papel de instituição responsável pelo controle de legalidade e da juridicidade dos atos administrativos por ele emanados.

Uma das mais importantes atuações da advocacia pública está na tutela do patrimônio público e da moralidade. Nesse sentido, leciona Grego-Santos (2014, p. 19), ao afirmar que *“a advocacia pública é uma das instituições de maior importância para prevenção e punição de atos de improbidade”*.

Logo, pode-se afirmar que a advocacia pública pode e deve atuar no controle da improbidade administrativa de duas formas: tendo uma atuação preventiva ou repressiva. Trata-se de decorrência lógica da competência constitucional de atuar na defesa do patrimônio público e no controle da juridicidade dos atos administrativos.

O controle preventivo visa a evitar a prática de atos de improbidade ou ilegais a serem praticados pelos agentes públicos. Daí a importância da atuação da advocacia pública como órgão de consultoria e de assessoramento jurídico dos respectivos entes federativos, onde cada vez mais se torna fundamental sua participação na prevenção da corrupção. Trata-se de ação profilática alcançada por meio da análise de procedimentos licitatórios, minutas de contratos, pelo controle interno da legalidade administrativa, nas prévias manifestações jurídicas elaboradas com relação à aplicação de sanções administrativas, tudo com vistas a auxiliar e controlar a legalidade dos atos dos gestores, passando a ser peça chave para a legalidade e eficiência das políticas públicas.

Nesse sentido Werber (2019, p. 243) leciona que:

A atuação da Advocacia Pública é essencial para o combate à corrupção sistêmica uma vez que sua missão institucional abrange diversos momentos processuais na construção das políticas públicas, de forma preventiva e repressiva, ao ajudar a formatá-la juridicamente e, assim, torna-se uma instituição indispensável para ajudar a coibir o indevido apoderamento do Estado e a ajudar a superar fenômenos históricos que retroalimentam o sistema político-administrativo de forma incorreta.

De modo repressivo, dentre os diversos instrumentos processuais disponíveis à advocacia pública para promover a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, confere-se especial destaque para a legitimidade do ajuizamento de ação de improbidade administrativa,²⁴ instituto tradicionalmente garantido ao corpo funcional, além da faculdade da assunção do polo ativo na ação popular (art. 6º, § 3º da Lei n. 4.717/1965).

²⁴ Muito embora esta legitimidade tenha sido indevidamente retirada pela Lei n. 14.230/21, que promoveu uma reforma profunda na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), foi restabelecida cautelarmente pelas decisões das ADINs n. 7042 e 7043, matéria esta que será objeto do próximo tópico deste artigo.

A esse respeito, nada mais justo que conferir ao corpo jurídico encarregado da promoção e defesa da atuação legítima do Estado, a legitimidade de propositura das ações destinadas ao combate e prevenção dos atos de improbidade, seja pela facilidade e experiência no acesso aos elementos de convicção que se encontram disponíveis para apuração da Administração, seja pela própria necessidade de defesa do interesse público e recuperação do dano causado.

Sobre a propositura de ações de improbidade pela advocacia pública Barbugiani (2014, p. 43) assim leciona:

Uma atividade que necessita ser desempenhada pela Advocacia Pública em auxílio à defesa dos princípios e valores norteadores da boa Administração deve ser o ingresso reiterado das ações de improbidade em face dos servidores públicos, agentes públicos e particulares, uma vez que a facilidade de colheita de provas dos atos irregulares *interna corporis* é mais efetiva do que por um órgão externo, com a consequente valorização da constante fiscalização dos atos administrativos.

Outrossim, a necessidade de recomposição do patrimônio público lesado merece ser objeto de análise, apuração e reparação por intermédio da atuação do órgão de representação jurídica e de controle de legalidade dos atos administrativos. Especialmente, porque essa atuação permitirá, com os resultados alcançados, o correto redirecionamento dos recursos às fontes apropriadas, convertendo-se em políticas públicas em concreto e na realização das necessidades da população atingida.

Assim, a Advocacia Pública torna-se essencial para preventiva e repressivamente zelar pelo respeito ao interesse público, de forma institucional e não político-partidária, bem como passa a ter um papel central ao ajudar a construir um Estado efetivamente republicano, transparente, igualitário, regido pelo princípio da legalidade, material e formalmente (WERNER, 2019, p. 243).

5 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 14.230, DE 25 DE OUTUBRO DE 2021 E ANÁLISE DAS ADINs N. 7.042 E 7.043

Como antecipado supra, no dia 25 de outubro de 2021 foi sancionada pelo presidente da república, sem vetos, a Lei n. 14.230/21, que promoveu uma reforma profunda na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92). É sem dúvida a maior mudança feita até agora nessa norma de regência, que está em vigor desde 1992.

Talvez uma das principais e mais impactantes alterações trazidas pela reforma seja a exigência de dolo (intenção) para que os agentes públicos sejam responsabilizados por atos ímprobos. Danos causados por mera imprudência, imperícia ou negligência não podem mais ser configurados como improbidade.

Para tanto, qualquer ação que busque a condenação de alguém por atos de improbidade deverá comprovar a vontade livre e consciente do agente público de alcançar o resultado ilícito, não bastando a voluntariedade ou o mero exercício da função pública. Também não poderá ser punida a ação ou omissão decorrente de divergência na interpretação da lei.

Em relação à advocacia pública tivemos várias mudanças consideráveis.

A principal delas está na alteração promovida por meio do art. 2º da Lei n. 14.230, de 2021 que modificou o art. 17 da Lei n. 8.429/92,²⁵ o qual determinou que a legitimidade para propositura das ações para a aplicação das sanções de que trata a lei de improbidade seja apenas do Ministério Público. Ou seja, retirou-se da pessoa jurídica interessada, e conseqüentemente da advocacia pública, a legitimidade para propositura de ações por ato de improbidade administrativas.

Dispôs ainda, no art. 3º da Lei n. 14.230/21,²⁶ que, no prazo de 1 (um) ano a partir da data de publicação da lei, o Ministério Público competente manifestará interesse no prosseguimento das ações por improbidade administrativa ajuizadas pela Fazenda Pública, inclusive em grau de recurso. E, caso não adotada esta providência, o processo será extinto sem resolução do mérito, ou seja, todas as ações de improbidade propostas pela advocacia pública ficarão à mercê da manifestação de interesse do Ministério Público, sob pena de serem extintas.

Outra mudança que afeta sobremaneira a advocacia pública foi perpetrada pelo § 20, do artigo 17 da Lei n. 8.429/92, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021.²⁷ O dispositivo determina que a assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.

Entretanto – e apropriadamente –, as alterações mencionadas, trazidas pelos artigos. 2º, 3º e 4º, X da Lei n. 14.230/2021, que alteraram os artigos. 17, *caput* e §§ 14 e 20, e 17-B, da Lei n. 8.429/1992, são objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ADI n. 7042 e ADI n. 7043. As demandas foram ajuizadas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE.

Nas ADINs propostas, as Associações autoras argumentam, em síntese, que as normas impugnadas retiraram dos entes públicos a legitimidade para ajuizar ações de improbidade quando lesados seus patrimônios. Deste modo, a subtração dos entes públicos da legitimidade para ajuizar ação de improbidade caracteriza *“uma afronta à autonomia da Advocacia Pública, tendo em vista que a União, os Estados e os Municípios ficarão à mercê da atuação do parquet para buscar o ressarcimento do dano ao erário”*, aduzindo, ainda, que transformaram *“os entes públicos personalizados em meros coadjuvantes no combate à improbidade administrati-*

25 BRASIL. Lei n. 8.429/92. Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei n. 14.230, de 2021) [...] § 14 Sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo (Incluído pela Lei n. 14.230, de 2021).

26 BRASIL. Lei n. 14.230, 2021. Art. 3º. No prazo de 1 (um) ano a partir da data de publicação desta Lei, o Ministério Público competente manifestará interesse no prosseguimento das ações por improbidade administrativa em curso ajuizadas pela Fazenda Pública, inclusive em grau de recurso. § 1º No prazo previsto no *caput* deste artigo suspende-se o processo, observado o disposto no art. 314 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). § 2º Não adotada a providência descrita no *caput* deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

27 BRASIL. Lei n. 8.429/92. Art. 17 [...] § 20 A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado. (Incluído pela Lei n. 14.230, de 2021).

va”. Defendem, ainda, que a determinação de que os acordos de não persecução civil sejam exclusivos do Ministério Público configuraria *“outro equívoco, uma vez que o ente público, como vítima do crime praticado, é quem pode mensurar os prejuízos causados e deve ter participação direta nas negociações dos acordos de persecução cível”*.

Postulam, ainda, que o § 20 do art. 17 está eivado de inconstitucionalidade formal subjetiva, uma vez que impôs à advocacia pública na esfera estadual a atribuição de promover a defesa do agente público incurso em improbidade administrativa com base em parecer emitido pelo órgão público gerando *“inegável ofensa ao poder de auto-organização e autonomia dos Estados, notadamente no que se refere à disposição da estrutura organizacional e das atribuições dos órgãos da advocacia pública”*.

Ambas as ADINs pleitearam a concessão da tutela de urgência de caráter liminar, buscando ao todo a suspensão dos efeitos do art. 2º – nos pontos em que altera/insere o art. 17, *caput* e § 14 e art. 17-B *caput* e §§ 5º e 7º, na Lei n. 8.426/92 – e do art. 3º §§ 1º e 2º e do art. 4º, inciso X, todos da Lei n. 14.230/21,

Em fevereiro de 2022, o Relator dos processos do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Moraes, analisou os pedidos de concessão de tutela de urgência formulados e os deferiu parcialmente. Para tanto, concedeu interpretação conforme à Constituição ao *caput* e §§ 6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei n. 8.429/92, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, no sentido da *“Existência de legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de Improbidade Administrativa”*. Determinou ainda, cautelarmente, a suspensão dos efeitos do § 20, do artigo 17 da Lei n. 8.429/92, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, e do artigo 3º da Lei n. 14.230/2021.

Do corpo das decisões das ADINs n. 7042 e 7043, da lavra do Ministro Alexandre de Moraes pode-se extrair os seguintes trechos:

[...] O art. 129, § 1º, da Constituição Federal – diferentemente da previsão constitucional do inciso I, do artigo 129 da Constituição Federal, que prevê a privatividade da ação penal pública ao Ministério Público – dispõe, expressamente, que a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas nesse artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na própria Constituição e na lei.

A norma constitucional em questão deixa certa margem de conformação ao legislador infraconstitucional para a disciplina e regulamentação da legitimação desses terceiros – o que não significa, em absoluto, a inexistência de um dever de coerência e racionalidade nesse exercício, buscando eficiência no combate à corrupção e proteção ao patrimônio público.

O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevenindo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF).

[...]

A supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação de improbidade administrativa pode representar grave limitação ao amplo acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), com ferimento ao princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*) e, no limite, obstáculo ao exercício da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “zelar pela guarda da Constituição” e “conservar o patrimônio público” (CF, art. 23, I), bem como, um significativo retrocesso quanto ao imperativo constitucional de combate à improbidade administrativa.

[...]

A supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa caracteriza uma espécie de monopólio absoluto do combate à corrupção ao Ministério Público, não autorizado, entretanto, pela Constituição Federal, e sem qualquer sistema de freios e contrapesos como estabelecido na hipótese das ações penais públicas (art. 5º, LIX, da CF).

Na decisão, o Ministro relator deixa claro que o artigo 129, parágrafo 1º, da Constituição Federal estabelece, expressamente, que a legitimação do Ministério Público em ações civis de improbidade administrativa não impede a de terceiros. Portanto, o dispositivo do texto constitucional parece indicar um comando impeditivo à previsão de exclusividade do Ministério Público nesses casos.

O Ministro aponta ainda que o combate à corrupção e aos atos ímprobos no poder público deve ser tratado como prioridade pelos órgãos constitucionalmente institucionalizados, portanto, a supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação de improbidade pode representar grave limitação ao amplo acesso à jurisdição, ofensa ao princípio da eficiência e obstáculo ao exercício da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios para “zelar pela guarda da Constituição” e “conservar o patrimônio público”. Segundo Moraes, essa supressão, caracteriza uma espécie de monopólio absoluto do combate à corrupção ao Ministério Público, não autorizado, entretanto, pela Constituição Federal.²⁸

Assim, o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão do Ministro Alexandre de Moraes, concedeu liminar para definir que, além do Ministério Público, as pessoas jurídicas interessadas têm legitimidade para propor ação por ato de improbidade administrativa.

É verdade que se trata de decisão liminar e monocrática, que ainda será submetida a referendo do plenário. No entanto, também é preciso reconhecer que o provimento adotado em sede de controle de constitucionalidade restabelece, de forma mais do que acertada, a legitimidade da advocacia pública para propor ações por atos de improbidade administrativa.

Em suma, a linha argumentativa e decisória traçada pela Suprema Corte brasileira, para além de realçar o fortalecimento das atribuições e competências da Advocacia Pública, arduamente conquistadas, parece privilegiar uma concepção contem-

28 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 7.042.

porânea da própria noção de interesse público, conectada com a função social do Estado, enquanto instrumento de satisfação dos direitos fundamentais e dos parâmetros éticos e constitucionais que regem a vida em Sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou delimitando no curso da presente trajetória de estudo, na moldura institucional conferida pela Constituição da República de 1988, a Advocacia Pública restou erigida em instituição de Estado, incumbida da defesa e da promoção do interesse público. Essa categoria pode e deve ser compreendida contemporaneamente como noção legitimadora da atuação administrativa e vinculada ao cumprimento dos direitos fundamentais e da própria função social do Estado.

De outro lado, tem-se que as prerrogativas que lhe conferem a Constituição e as normas infraconstitucionais não podem ser interpretadas como privilégios ou mera retórica de atribuições administrativas. Tratam-se de instrumentos efetivos de ação na responsabilização e reparação de danos por atos que importem lesão ao patrimônio público e social e ao regular funcionamento da Administração Pública como um todo. E os atos de improbidade administrativa, embora possam estar vinculados a atribuições concorrentes de outros órgãos públicos com igual posição constitucional, devem ser combatidos por meio dos instrumentos próprios postos à disposição das instituições vinculadas às advocacias públicas.

Nessa medida, pode-se concluir que qualquer interpretação que pretenda restringir a atuação da Advocacia Pública, em última análise, implica impor limitações indevidas à defesa do interesse público. Em outras palavras, limitar a atuação da Advocacia Pública significa restringir a possibilidade de concretização da força institucional da Sociedade e do Estado na busca pela realização dos objetivos que garantem a indisponibilidade do patrimônio público e da probidade administrativa.

Constata-se que, infelizmente, dentre as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21, que modificou a Lei n. 8.429/92, a mais significativa para a advocacia pública, sem sombra de dúvidas, foi a supressão de sua legitimidade para propositura das ações para a aplicação das sanções de que tratam a lei de improbidade, passando a legitimar apenas o Ministério Público.

Logo, apropriado e em bom momento, o restabelecimento pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que por via cautelar, do papel da Advocacia Pública no combate aos atos de improbidade administrativa. Trata-se, ao que tudo indica, do reconhecimento das prerrogativas institucionais arduamente conquistadas, as quais exprimem uma visão contemporânea do próprio interesse público, conectada com a função social do Estado, enquanto instrumento de satisfação dos direitos fundamentais e dos parâmetros éticos e constitucionais que regem a vida em Sociedade.

E esse progressivo reconhecimento do papel institucional da advocacia pública no campo da defesa da juridicidade administrativa impõe a constante vigilância sobre as manobras que tendem a colocar barreiras na ampla apuração e no combate aos atos de improbidade administrativa, e na própria atuação legítima do Estado. Nessa

missão, devem não somente as entidades representativas permanecerem combativas, mas a própria Sociedade, assumindo uma posição de apoio incondicional às instituições estatais incumbidas de dita missão.

Afinal, na combativa missão de se construir uma Sociedade que se pretenda mais justa, pluralista e igualitária, certamente a improbidade administrativa deve ser ampla e socialmente repelida.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Renato Kim; COSTA, Rafael de Oliveira. **Nova Lei de Improbidade Administrativa**: de acordo com a Lei n. 14.230/2021. São Paulo: Almedina, 2022.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Corrupção e Improbidade na Administração Pública: Aspectos Contemporâneo. *In*: GREGO-SANTOS, Bruno; CARVALHO NETO, Joaquim Mariano Paes de; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSI, William. **Temas Avançados da Advocacia Pública IV**. Curitiba: ESA, 2014. p. 24-25.

BERTONCINI, Mateus E. S. N. **O microsistema de proteção da probidade administrativa e a construção da cidadania**. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/o_microsistema.pdf Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei n.14.230/2021**. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.230-de-25-de-outubro-de-2021-354623102> Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF, 4 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6053**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, processo eletrônico dje-179 divulg. 16-07-

2020 public. 17-07-2020 republicação: dje-189 divulg. 29-07-2020 public. 30-07-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF**. Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília: DJ, 18 mar. 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590> Acesso em: 01 maio 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito. **Revista da Esmesc**, v. 20, n. 26, 2013. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/78-154-1-SM.pdf Acesso em: 02 maio 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DOEDERLEIN, Natalia; JÚNIOR, Janary. **Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa entram em vigor**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/820702-mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-entram-em-vigor/> Acesso em: 25 abr. 2022.

FERREIRA, Wagner Dias. O peso da improbidade no destino das pessoas. **Consultor Jurídico**. 1 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-01/wagner-ferreira-improbidade-destino-pessoas> Acesso em: 01 maio 2022.

GREGO-SANTOS, Bruno. **Advocacia Pública e Combate à Corrupção**: Introdução. In: GREGO-SANTOS, Bruno; CARVALHO NETO, Joaquim Mariano Paes de; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. **Temas Avançados da Advocacia Pública IV**. Curitiba: ESA, 2014. p. 9-24.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação “pluralista e procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

LEONCY, Ferreira Léo. **Uma proposta de reeleitura do “princípio da simetria”**. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>: Acesso em: 01 maio 2022.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Advocacia Pública em ação**: atuação prática judicial e extrajudicial. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2017.

OSORIO, Fabio Medina. **Retroatividade da nova lei de improbidade administrativa**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/11/C1A-0B519BC5D7E_RetroatividadedanovaLeideImpro.pdf Acesso em: 26 abr. 2022.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Acesso gratuito em: e-book <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

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

ROSATTO, Luciano Alves *et al.* **Temas atuais da Advocacia Pública**. Bahia: Juspodvim, 2015.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**. Ed. atualizada com 80 Emendas Constitucionais. Florianópolis: Assembleia Legislativa, 2021. 245 p.

SANTA CATARINA. **Lei complementar n. 317/2005**. Dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Estado, o regime jurídico dos Procuradores do Estado e estabelece outras providências. Disponível em: http://leis.ale.sc.gov.br/html/2005/317_2005_Lei_complementar.html Acesso em: 25 abr. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. A atuação da advocacia pública no combate a corrupção e aos atos de improbidade administrativa: uma análise propositiva a partir da compreensão da teoria do ciclo das políticas públicas. *In*: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami. **Advocacia Pública Contemporânea**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 227-256. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2817> Acesso em: 27 abr. 2022.

IMPOSTO GLOBAL E EMPRESAS TRANSNACIONAIS:

algumas reflexões¹

Marcelo Adriam de Souza²

RESUMO

Embora protagonistas no cenário global, as empresas transnacionais parecem não contar com um ordenamento regulatório capaz de abranger suas atividades. Uma das propostas anunciadas consiste na instituição de um imposto de abrangência global, destinado a regular sua atuação. O presente estudo tem por objetivo elaborar reflexões sobre a proposta de instituição de um imposto global como mecanismo de regulação das empresas transnacionais. O instrumental metodológico compreende a utilização da pesquisa bibliográfica com apoio no Método Dedutivo, concretizado por meio das técnicas do Referente, da Categoria e dos Conceitos Operacionais. O estudo conclui que a instituição de um imposto global, embora não seja de fácil concretização, pode ser um instrumento hábil a reunir as instituições em torno da busca por respostas a problemas globais comuns, o que demanda a participação dos mais variados segmentos da Sociedade em um debate sério e responsável em torno da proposta.

Palavras-chave: Empresas transnacionais; Imposto global; Sociedade; Regulação.

1 INTRODUÇÃO

A experiência transnacional da pandemia de Covid-19, uma das manifestações decorrentes do fenômeno da globalização, tornou ainda mais evidente que os atributos clássicos do Estado-nação parecem insuficientes para fornecer respostas às demandas contemporâneas. As principais demandas que impactam a vida em Sociedade não mais se restringem a aspectos isolados e em dimensões territoriais predefinidas, mas se interligam e se expandem globalmente, a ponto de comprometer a convivência social e as capacidades regulatórias de Estados e Constituições.

Como os problemas não se restringem mais a limites físico-jurídicos, é indispensável a articulação de mecanismos de adaptação do ente político-jurídico para minimamente cumprir suas funções. Estas, não somente restritas ao funcionamento da máquina administrativa, mas principalmente voltadas à proteção dos Direitos Fundamentais frente aos problemas globais e em torno de pautas axiológicas comuns.

De outro lado, o contexto contemporâneo expõe as capacidades de determinada categoria de atores que, se já dispunham de significativa influência no recente ce-

¹ Preliminarmente, importa observar que existem outras propostas que podem impactar diretamente nas atividades das empresas transnacionais. Dentre elas, destaca-se a iniciativa defendida por Thomas Piketty, segundo o qual, devido à atual fase financeira do capitalismo seria necessária a instituição de um imposto sobre o capital. Contudo, entende-se que essa proposta se distingue da iniciativa ora analisada, dentre outros aspectos, justamente pela capacidade de abrangência da proposta de um imposto global.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí – Santa Catarina, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó, Brasil. Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Constitucional. Procurador do Estado de Santa Catarina. E-mail: marcelosouza@pge.sc.gov.br.

nário político e econômico, agora consolidam seu protagonismo com base em ditas habilidades no âmbito global. Tratam-se das empresas transnacionais, entidades de índole eminentemente econômico-empresarial, estruturadas em cadeia, de forma que a relação entre empresa-sede e unidades filiais obedece a rigoroso plano de estratégia global de alocação de recursos e distribuição operativa.

Entretanto, embora protagonistas na cena global, as transnacionais parecem não contar com um ordenamento regulatório capaz de abranger suas atividades. As consequências de sua atuação face a determinados valores jurídico-políticos, socio-ambientais e democráticos têm suscitado questionamentos que merecem análise da ciência jurídica com vistas à construção de respostas regulatórias destinadas a evitar a ocorrência de danos à coletividade.

Uma das propostas, recentemente anunciada, consiste na instituição de um imposto de abrangência global, destinado a regular a atuação das empresas transnacionais. Conforme divulgado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, trata-se do compromisso formal assumido por 136 estados para a implantação de uma alíquota global de 15% destinada a incidir sobre o faturamento das empresas transnacionais. A iniciativa de tributação global, contudo, tem suscitado inúmeras reflexões quanto à sua possível implementação e concretização prática.

Nessa medida, o objetivo central do presente estudo consiste em elaborar reflexões sobre a proposta de instituição de um imposto global como mecanismo de regulação das empresas transnacionais. Como objetivos específicos, pretende-se: a) analisar as características, configurações e os fatores que estruturam as empresas transnacionais enquanto protagonistas no cenário global; b) refletir acerca das possibilidades e limites de instituição de um imposto global como instrumento de controle das atividades das empresas transnacionais.

Como ponto de partida, a investigação busca analisar aspectos que favoreceram o protagonismo das empresas transnacionais no cenário global, identificando suas características e os elementos de sua configuração conceitual e estrutural. Na sequência, analisar-se-á a proposta de imposto global, buscando construir reflexões sobre as possibilidades e limites para sua instituição. Por fim, apresentar-se-ão as considerações finais do estudo, propondo-se a possibilidade de que a Sociedade seja inserida nesse processo, não somente como agente de promoção e ampliação dos debates em torno de adesão à proposta, mas também como atriz-chave nas fases de monitoramento da atuação das empresas transnacionais e do controle da arrecadação, funcionando como instrumento indutor da concretização de políticas públicas em âmbito global.

Nessa medida, o presente estudo visa responder ao seguinte questionamento central: é possível controlar a atuação das empresas transnacionais por meio de um imposto global?

Para a investigação do tema proposto, o instrumental metodológico compreende a utilização da pesquisa bibliográfica com apoio no Método Dedutivo,³ concretizado por meio das técnicas do Referente, da Categoria⁴ e dos Conceitos Operacionais.⁵ Como ponto de partida, segue-se a hipótese de que as empresas transnacionais são atores com acentuada influência na Sociedade Internacional Contemporânea, cuja atuação expõe as incapacidades de Estados e demais instituições internacionais em regular suas atividades. Essa percepção poderá ser confirmada com a emergência da pandemia de Covid-19 e a necessidade de reconfiguração das capacidades do Estado e de sua Constituição, problematizando-as com as respostas da Ciência Jurídica para tratamento de problemas comuns às Sociedades contemporâneas.⁶

2 A SOCIEDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA E O PROTAGONISMO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Se a sociedade internacional se identificava modernamente com o reconhecimento e a coexistência equilibrada de diversos estados soberanos e independentes, reconhecimento este consolidado com a Paz de Westphalia – cujos tratados instituíram formalmente o nascimento dos novos Estados modernos e demarcaram o reconhecimento dos postulados da liberdade religiosa, da soberania e da igualdade dos Estados como princípios fundamentais da sociedade internacional moderna, segundo Quoc Dinh *et al.* (2003, p. 53) –, hodiernamente não mais se conserva dita configuração. O cenário contemporâneo encontra-se marcado por fenômenos que transcendem os atributos vinculados aos atores internacionais clássicos, mostrando-se muito mais propenso a relativizar suas capacidades em prol de uma fragmentação político-jurídica impulsionada pelo fenômeno da globalização.

A intensificação das interações sociais, o desenvolvimento das inovações tecnológicas, a expansão do capital financeiro e a conseqüente aceleração da circulação de pessoas, bens e serviços em âmbito global, característicos do fenômeno da globalização, conforme Held *et al.* (1999, pp. 1-31), possibilitaram o surgimento de novos núcleos de poder, acarretando, paralelamente, o enfraquecimento das capacidades dos entes políticos-jurídicos clássicos. Nesse sentido, a sociedade internacional contemporânea parece assumir a expressão de múltiplas manifestações de poder, com diversos processos fragmentados e até contraditórios, construídos não somente por Estados, mas também por novas redes de atores públicos, estatais e não estatais.⁷

Segundo Varella (2012, p. 39-45), trata-se de uma Sociedade eminentemente marcada por processos de complexidade e pluridimensionalidade, reveladora de uma

3 Conforme ensinamentos de Cesar Luiz Pasold, "Método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados" (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica. Teoria e prática*. 14 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Emais, 2018, dem. p. 94) (negrito no original).

4 Denomina-se Categoria a "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia" (*Ibid.*, p. 31) (negrito no original).

5 Conceito Operacional é a definição estabelecida ou proposta para determinada palavra ou expressão, com a intenção de que seja aceita para os efeitos das ideias em exposição (*Ibid.*, p. 43).

6 Como marco histórico contemporâneo compreende-se a Sociedade do final do século XX (em especial a década de 90) e primeiras décadas do século XXI.

7 Neste sentido, ver Souza (2017).

lógica transnacional, cujas principais características fornecem substrato fértil para o fortalecimento dos agentes econômicos. Afinal, conforme assinala o referido autor:

[...] o comércio não é mais local, é global. A burguesia contemporânea é composta por empresas que atuam em todo o mundo, não têm suas fronteiras dentro de um Estado, circulam com seus produtos em vários Estados. [...] precisa de regras uniformes, previsíveis que possibilitem modelos de negócios aplicáveis em todo o mundo, com sistemas de solução de controvérsias que protejam seus investimentos. Para isso, é necessário criar estruturas globais de produção, execução e aplicação das regras jurídicas (VARELLA, 2012, p. 42).

A fim de se analisar e apreender os múltiplos aspectos que envolvem ditas transformações, tem-se procurado reunir a expressão de referidas manifestações por meio da categoria ‘globalização’ que, por sua amplitude significativa e, por estar ainda em pleno desenvolvimento, suscita reflexões sob vários ângulos e perspectivas, gerando consequências ainda passíveis de compreensão.

A globalização pode ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, ligando localidades distantes de tal maneira que os eventos são modelados e influenciados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância, e vice-versa. Trata-se, de um processo dialético, envolvendo um conjunto de transformações atuando em direções com tendências opostas (GIDDENS; 1990, p. 69-70).

Para Harvey (2003, p. 219-225), por sua vez, esse processo é representado pela ideia de compressão do espaço-tempo que impacta a organização da vida social, a qual parece forjada pelo modo de produção e organização capitalista, implicando a aceleração do ritmo de vida e a progressiva eliminação das barreiras espaciais. Essa manifestação se expressa pela perspectiva de encolhimento do planeta, gerando a impressão de que o mundo se comprime em uma espécie de “aldeia global” de telecomunicações e numa “espaçonave terra” de interdependências econômicas e ecológicas.

Nesse mosaico de transformações, a tradicional hegemonia do principal ator, o estado-nação, tem sido ofuscada pela atuação de novos agentes, dentre os quais, as empresas transnacionais. Estas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, vêm deixando marcas de protagonismo nos domínios políticos, sociais e econômicos, com consequências significativas no modo de interação com os demais atores.

Além disso, a desterritorialização das relações político-sociais e econômicas, com ênfase no surgimento de espaços intermediários que transpassam as fronteiras estatais, origina o que se tem concebido por Transnacionalização. Como afirma Stelzer (2009, p. 16), trata-se de fenômeno que emerge em um contexto marcado pelo enfraquecimento das capacidades estatais de um lado, bem como pelo fortalecimento de outros centros de poder, caracterizado pela ultravalorização do sistema capitalista, pela desterritorialização dos relacionamentos políticos e sociais e pela articulação de um sistema jurídico às margens das soberanias estatais.

É curioso notar a esse respeito, que o fenômeno da transnacionalização, de cuja manifestação emergem as empresas transnacionais, embora possa ser delimitado

conceitualmente com relação à globalização, é consequência desta, pois abrange a formação de espaços que transpassam as fronteiras do Estado-nação e suas capacidades clássicas, em especial as ligadas à soberania.⁸ Nesse sentido, o surgimento de espaços transnacionais encontra-se diretamente ligado à desvinculação dos ambientes que historicamente foram sendo construídos sobre os territórios estatais e suas jurisdições.

Em suma, a Transnacionalização pode ser compreendida como a categoria destinada a expressar a emergência de um espaço intermediário, distinto do âmbito internacional e do seu correlato nacional, mas que a eles se sobrepõem e se mesclam para constituir uma nova dimensão. Trata-se da construção de um espaço que, ao mesmo tempo em que abrange as relações e interações entre os sujeitos tradicionais, em especial os Estados-nação, também atravessa seus próprios limites, conformando fluxos em múltiplas direções locais, subnacionais, supranacionais, até mesmo globais.

Considerando-se tais aspectos, ainda que não se possa definir com precisão seus contornos, pode-se explorar alguns traços que parecem demarcar essa ordem global. Assim, a compreensão que se tem é que a sociedade internacional contemporânea é marcadamente policêntrica, caracterizada pela atuação de uma diversidade de atores internacionais, dentre os quais as empresas transnacionais emergem com franca margem de protagonismo.

Seja no campo eminentemente econômico, como também nos espaços sócio-político, tecnológico e cultural, as atividades desses agentes parecem romper com os moldes políticos-jurídicos concebidos pelo Direito Internacional clássico, que negava qualquer personalidade jurídica internacional às empresas transnacionais. Essa situação é nítida, por exemplo, na assinatura de contratos com os Estados para a exploração de riquezas nacionais locais.

Nesse contexto, as indagações iniciais que se lançam consistem em identificar quais as características que demarcam o surgimento, a evolução e o protagonismo desse ator no cenário internacional contemporâneo?

3 EMPRESAS TRANSNACIONAIS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E ESTRUTURAL

Acerca do aspecto terminológico e estrutural, tem-se apontado certa divergência quanto à designação do fenômeno, não sendo incomum verificar-se a utilização das seguintes expressões como se sinônimas fossem, quais sejam: empresas multinacionais, empresas supranacionais, empresas internacionais, sociedades transnacionais e, por fim, empresas transnacionais.

⁸ Como afirma Stelzer (2009): "A transnacionalização representa um fenômeno reflexivo da globalização. [...] Fenômeno reflexivo porque a Transnacionalidade caracteriza-se pela permeabilidade estatal e criação de uma terceira dimensão social, política e jurídica, que perpassa a realidade nacional, mas que não se confunde com ligação ponto-a-ponto da internacionalidade. Assim, enquanto a globalização é fenômeno envolvente, a Transnacionalidade é nascente de um terceiro espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional (STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21).

Nada obstante, com base na literatura que abordou o tema, importante fazer-se a distinção dos termos, haja vista que cada expressão pode comportar elementos que não exprimem com precisão a atual conformação do objeto em estudo, evitando-se confusões e possibilitando maior amplitude semântica.

Assim sendo, com apoio em demais pesquisadores, assinala Bedin (2001, p. 312-316), que, por empresas internacionais, deve-se entender aquelas nas quais todas as operações com o estrangeiro são centralizadas num departamento especial e cuja atuação está voltada a penetrar nos mercados estrangeiros. Contudo, a concretização desse objetivo prescinde de uma estruturação única de unidades distintas, demandando operações especificamente direcionadas à conquista dos mercados internacionais, mediante uma única ou algumas unidades operando de forma independente.

Já a denominação empresa multinacional é expressão adequadamente utilizada para designar as entidades nas quais as operações com o estrangeiro são postas num mesmo plano que as operações interiores. Não é incomum a verificação do uso da designação como sinônimo de transnacional. Contudo, tal prática parece deixar de evidenciar o principal aspecto que caracteriza o fenômeno, enfocando excessivamente o problema sob o ângulo da pluralidade de nacionalidades.

Por sua vez, empresa supranacional é expressão utilizada para representar a entidade proveniente de um acordo internacional, portanto sem uma única nacionalidade. Exemplo típico é o caso da empresa Itaipu Binacional, instituída pelo Tratado de Itaipu, pela qual o Brasil e o Paraguai instituíram o regime de exploração de energia hidrelétrica do Rio Paraná por meio da instituição de uma empresa binacional.

Ponderando que a expressão “empresa” designa mais uma realidade econômica do que jurídica, Touscoz (1993, p. 178) procura empregar o termo sociedade, haja vista expressar com maior precisão a existência de uma pessoa coletiva. Além do aspecto coletivo, o autor citado assere que a sociedade privada é transnacional porque suas atividades se processam na sociedade internacional, tendo seu uso consagrado no uso internacional.

Em que pese a ponderação teórica formulada pelo autor acima citado, o termo empresa parece evidenciar com maior carga de significado que lhe é inerente as atividades realizadas pelo ator internacional privado. Sobretudo em um cenário internacional marcadamente caracterizado por transformações operadas no campo social e jurídico, mas aparentemente guiadas pelo aspecto econômico, cuja importância parece merecer destaque para os fins do presente estudo.

Assim, estabelecidas essas primeiras distinções e, sem deixar de considerar as proposições teóricas em sentido diverso, a presente investigação focaliza o tema à luz da categoria **empresas transnacionais**, cuja carga semântica evidencia distinções elementares em relação às primeiras expressões.

Nesse sentido, Baptista (1987, p. 17), enfatizando o aspecto nacionalidade e condição jurídica, afirma que por empresa transnacional deve-se compreender a entidade que não possui personalidade jurídica própria no sentido jurídico-positivo, sendo composta por uma empresa sede e unidades filiais constituídas nos mais diversos países de acordo com a nacionalidade.

Já Kawamura (2014, p. 45), ratificando o conceito formulado por Joana Stelzer, identifica as transnacionais como entidade privada “[...] dotada de enorme potencial financeiro e patrimônio científico-tecnológico, normalmente de natureza mercantil, constituída por sociedades estabelecidas em diversos países, sem subordinação a um controle central, mas agindo em benefício do conjunto, mediante uma estratégia global”.

Por sua vez, Lafer (1987, p. 3) anota que a empresa transnacional é a unidade econômica que, por deter o poder de controle de investimentos em diversos sistemas econômicos nacionais, organiza e explora a produção de bens e serviços para a venda nos mercados internos e internacionais, sendo dotada de capacidade de alocar recursos em escala mundial.

Para Touscoz (1993, p. 178), a sociedade transnacional é constituída por empresas repartidas por territórios de diferentes Estados e ligadas juridicamente entre si de tal modo que obedecem a uma estratégia comum. Enfatiza o autor, ainda, a possibilidade de se destacar o caráter internacional das sociedades transnacionais (internacionalidade do capital, dos dirigentes, da estrutura e da organização etc.) ou, pelo contrário, na sua base nacional, destacando sua ligação principal a um país a partir do qual desenvolveu suas atividades.

Em direção teórica semelhante, Pellet e Quoc Dinh (2003, p. 661-663) emprega a expressão sociedade transnacional para acentuar suas diferenças em relação às organizações internacionais não governamentais. Entende, assim, que a sociedade transnacional é aquela que procura otimizar os seus lucros por operações com, ou no, estrangeiro, e submetida a influências nacionais de diversas ordens.

O que se pode depreender pelas enunciações acima trazidas, é que as empresas transnacionais constituem entidades privadas voltadas à exploração da atividade econômica estruturada em nível global, com uma sede geralmente situada em países centrais e diversas unidades espalhadas nas mais diversas regiões do planeta, cuja atividade é exercida mediante uma estratégia de produção e exploração econômica única.

Importante observar que a empresa transnacional não conhece fronteiras e não existe juridicamente no seu aspecto positivo estatal, na medida em que cada unidade filial, considerada apenas parte de um todo, é constituída sob as leis locais de um Estado nacional sem, contudo, representar, a unidade total do objeto que se constitui em âmbito global. A constatação inicial que se apresenta é a real dificuldade de alcance do organismo pela ordem jurídica estatal, propriamente vocacionado a atingir parcela de seus destacados membros.

Portanto, consoante a enunciações supra, a expressão “empresa transnacional” parece exprimir com maior rigor técnico a amplitude do fenômeno, sendo utilizada consensualmente, inclusive no âmbito da Organização das Nações Unidas, para veicular a atual configuração do ator internacional em estudo, porquanto destaca a atuação independentemente, acima e além das fronteiras ou interesses meramente nacionais.

Nessa medida, no tópico a seguir, buscar-se-á evidenciar quais as principais características que conformam a estrutura das empresas transnacionais e de que modo esses caracteres possibilitam a expansão das capacidades de ditos atores na ordem internacional contemporânea.

4 EMPRESAS TRANSNACIONAIS: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Analisando as principais características reveladas pelas empresas transnacionais, cujos aspectos parecem mostrar-se intimamente ligados com a sua estruturação conceitual, pode-se apontar alguns elementos essenciais.

Com efeito, o primeiro elemento relevante é o aspecto da atividade empresarial com finalidade lucrativa. Ou seja, as empresas transnacionais constituem entidades que desenvolvem a produção e circulação de bens e serviços em escala internacional visando ao máximo proveito econômico possível. Segundo Pellet e Quoc Dinh (2003, p. 662), esse é um dos aspectos que as distinguem das demais entidades internacionais privadas, como as organizações internacionais, voltadas para a satisfação de outras finalidades específicas não lucrativas.

O aspecto do máximo lucro ao menor custo possível parece ser um dos principais, senão o principal fundamento da estruturação das atividades das transnacionais na sociedade internacional. Com efeito, a instalação e a expansão de unidades em diferentes territórios, ainda que mantendo uma gênese única, é justamente um dos fatores que permitem a esses atores otimizarem não somente a busca por insumos, mas transformarem as barreiras nacionais em janelas para seus interesses econômicos.

A segunda característica que pode ser mencionada é a capacidade de expansão das atividades em nível mundial. Uma vez estruturada com base em uma unidade sede e diversas unidades filiais espalhadas em territórios de diferentes estados, fica evidente a capacidade de ação das empresas transnacionais. Ao que tudo indica, esse processo parece se confundir com a própria constituição da entidade, a qual envolve, por natureza, a constituição de uma unidade-mãe em um determinado local e outras unidades filiais em outros países (Estados).

Touscoz (1993, p. 179), contribuindo com alguns subsídios para a compreensão desse processo de constituição/expansão, realça seu caráter progressivo, consoante sintetizado da seguinte forma:

Não raras vezes, a constituição das STN realiza-se por etapas: são instaladas filiais-entrepósitos no estrangeiro, com a mesma atividade de produção que a casa-mãe; mais tarde constituem-se filiais-fábricas, especializadas na produção de certos subconjuntos, o que implica uma integração internacional da atividade da sociedade. Finalmente, a estratégia financeira pode prevalecer sobre as estratégias de produção e de comercialização; a STN torna-se uma holding que agrupa sociedades de atividades diversificadas, cuja estratégia de investimento depende da rentabilidade relativa das diversas filiais.

Complementando as credenciais acima destacadas, pode-se apontar a diversificação produtiva com um dos componentes que norteiam as atividades das empresas transnacionais. Com efeito, uma vez implantadas as respectivas unidades e posto em funcionamento o organismo produtivo, as atividades podem ser diferenciadas em função de uma estratégia alocativa (recursos naturais, mão de obra, por exemplo) ou determinada por setores econômicos (exploração mineral, comercialização de peças e fabricação de automóveis).

No entanto, dentre os principais aspectos capazes de delimitar com alguma nitidez os contornos das empresas transnacionais, nenhum parece representar melhor o fenômeno como o efeito de grupo. Com efeito, muito embora as atividades das empresas transnacionais sejam integradas por uma rede de unidades matriz, situada em um determinado Estado e filiais situadas em outros territórios estatais, essas atividades são estabelecidas de modo coordenado, tendo a matriz como o centro de controle das decisões.

Em suma, a estrutura das empresas transnacionais evidencia a configuração de um ator privado de índole eminentemente econômico-empresarial, estruturado em cadeia, de forma que a relação entre sede e unidades filiais obedece a um rigoroso plano de estratégia global de alocação de recursos e distribuição operativa. Tais caracteres parecem expressar a capacidade não somente de influenciar as entidades estatais, mas dotam as empresas transnacionais com uma competência para ultrapassar as fronteiras estatais, consolidando seu protagonismo econômico e político no palco global.

Sabendo-se que referidos atores contam com instrumentos de ação que os alçaram como protagonistas no palco mundial contemporâneo, importa investigar a existência de eventuais instrumentos jurídicos capazes de fazer frente a ditas capacidades. Assim, as reflexões que permeiam o tópico a seguir destinam-se a responder ao seguinte questionamento: É possível regular a ação das empresas transnacionais por meio de um imposto global?

5 A PROPOSTA DE IMPOSTO GLOBAL E AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS: ALGUMAS REFLEXÕES

Em meados de 2021, causou impacto na comunidade internacional a proposta apresentada pela OCDE, de uma tributação de cunho transnacional. A iniciativa consistiria na instituição de um imposto com abrangência global destinado a incidir sobre o lucro das maiores e mais lucrativas empresas transnacionais.

Trata-se de um compromisso inicialmente firmado por 136 Estados pelo qual formalmente se comprometem em aplicar uma alíquota de 15% sobre os lucros das empresas transnacionais, a partir de 2023. Conforme propagado, a ideia tem como um dos objetivos combater a concorrência tributária internacional, prática que tem sido utilizada pelas empresas transnacionais para se desviar das imposições tributárias

de determinados países, direcionando suas operações e lucros conforme a mínima carga fiscal de determinados países.⁹

A proposta constitui um dos eixos temáticos da “Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia”,¹⁰ aprovada no âmbito referida Organização. Desde que anunciada em outubro de 2021, ocasião em que a OCDE emitiu comunicado indicando que 136 Estados teriam se comprometido formalmente a implantar o imposto global em uma alíquota de 15%, a iniciativa de tributação global tem provocado reflexões quanto às possibilidades de sua implementação, em face das quais importa tecer algumas considerações.

Conforme destacado pela OCDE, a adesão por 136 países pode ser considerada histórica, já que representaria mais de 90% do PIB mundial e permitiria a redistribuição de mais de 125 bilhões de dólares de lucros procedentes das cerca de 100 das maiores e mais lucrativas empresas transnacionais. E isso “garantirá que essas empresas paguem a parte justa de impostos que for correspondente, independentemente de onde realizem suas atividades e gerem os lucros”.¹¹

A alíquota inicialmente acordada estaria estimada em 15% sobre os lucros empresariais e teria a capacidade de abranger as operações das maiores empresas transnacionais do planeta. Contudo, como não há detalhes claros e diretrizes precisas acerca da implantação de dita tributação, constata-se que aspectos essenciais acabaram sendo relegados para o âmbito das negociações diplomáticas, por ocasião da celebração de possível convenção multilateral.

A ideia central, pelo que se observa, é que o imposto seja cobrado não somente no local de operação das empresas, mas também no lugar onde estas registram seus lucros. Ou seja, se esse mecanismo for realmente implementado, na prática poder-se-á cogitar de uma alternativa de combate à elisão fiscal, já que tanto a sede física, quanto a virtual ou o lugar utilizado pela empresa para realização de seus lucros implicará na possível verificação do fato gerador.

Outro argumento chave que tem sido empregado para a defesa da proposta é que o imposto global, uma vez instituído, poderá colocar um ponto de enfraquecimento nos denominados “paraísos fiscais”, uma das práticas utilizadas pelas empresas transnacionais para maximização dos lucros em detrimento dos sistemas jurídicos nacionais.

9 Conforme Pedro Forquesato, por concorrência tributária internacional pode-se compreender a prática em que as empresas transnacionais, cujas operações se estendem sobre e acima dos territórios de vários estados, buscam se beneficiar de determinados locais com carga tributária mínima, ostentando níveis extremamente atrativos se comparados com os demais países, o que favorece a busca por esses denominados paraísos para a instalação de suas operações em relação aos demais justamente por esse aspecto relevante, com incremento no máximo lucro. FORQUESATO, Pedro Henrique Thibes. O que é o imposto corporativo global acordado por Brasil e outros 135 países. **CNN Brasil Business**. 09 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/o-que-e-o-imposto-corporativo-global-acordado-por-brasil-e-outros-135-paises/> Acesso em: 04 abr. 2022.

10 OCDE. **Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia**. 08 out. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/declaracao-sobre-uma-solucao-de-dois-pilares-para-enfrentar-os-desafios-fiscais-decorrentes-da-digitalizacao-da-economia-8-outubro-2021.pdf> Acesso em: 20 jun. 2022.

11 AYUSO, Silvia. OCDE fecha acordo com 136 países para definir um imposto global mínimo de 15% para as multinacionais. **EL País. Economia**. 08 out. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-10-08/ocde-fecha-acordo-com-136-paises-para-definir-um-imposto-global-minimo-de-15-para-as-multinacionais.html> Acesso em: 10 jun. 2022.

Sob tal perspectiva, é importante destacar que a medida também pode tomar por alvo a denominada elisão combinada de sistemas jurídicos. Esta categoria abrange a estratégia adotada pelas empresas transnacionais para se desviar dos limites fiscais, ambientais e sociais impostos por ordenamentos jurídicos nacionais, o que permite o máximo aproveitamento das vantagens financeiras dela decorrentes, tudo na direção da maximização do lucro.

Nesse sentido, alertam Tumelero e Olsson:

[...] Um desses aspectos é a nova atuação na forma de elisão combinada que consiste na sofisticada e complexa articulação de seus fatores de produção, modelos de gerenciamento contábil e de investimentos externos diretos e mesmo investimentos especulativos, de forma que aproveitem ao máximo os regimes jurídicos nacionais mais benéficos em cada parte das operações, para reduzir ou até eliminar a tributação sobre o lucro e o faturamento (elisão tributária), a incidência de normas ambientais restritivas (elisão ambiental) e mesmo a incidência de normas sociais mais onerosas (elisão social)¹²

Muito embora ainda não esteja instrumentalizada na prática, a iniciativa merece atenção da comunidade jurídica, sobretudo porque parece representar avanços em alguns temas que dizem respeito à atuação das empresas transnacionais. Trata-se de iniciativa que merece despertar na Sociedade internacional o sentimento de que é preciso urgentemente analisar e desenvolver soluções que possam limitar os impactos causados pelas atividades das empresas transnacionais.

Nesse sentido, estudos recentemente divulgados evidenciam que os agentes transnacionais econômicos também foram afetados pela pandemia. Contudo, os efeitos em relação a esses atores não foram iguais nem similares aos produzidos em relação à imensa maioria da população mundial, a qual vem sofrendo com empobrecimento, aumento significativo do custo de vida, intensificação da dificuldade de acesso a remédios e insumos para sobrevivência, sobretudo em regiões mais pobres do planeta.

Estudo recente realizado pela organização internacional OXFAM comprova as considerações ora levantadas. Segundo a referida entidade, durante a pandemia surgiram 573 novos ‘ultrarricos’ no planeta, os quais se juntam para somar o total de 2.668 pessoas no mundo acumulando o equivalente a 13,9% do PIB global. Parece justo afirmar que esse dado é catastrófico, sobretudo porque o verbo “surgir” talvez não seja o mais apropriado para designar tal manifestação, mostrando-se mais como expressão eufêmica, porque melhor seria expressar “criados” pelo sistema de acumulação global e desenfreada do capital que, associado às tecnologias da informação e comunicação permitem com que esses recordes inusitados sejam cada vez mais comuns.¹³

12 TUMELERO, Náina Ariana Souza. OLSSON, Giovanni. As empresas transnacionais e a elisão combinada dos sistemas jurídicos nacionais: os estados como meras peças do jogo global? *Revista Thesis Juris-RTJ*, São Paulo, v. 6, n.3, p. 484-502, set./dez. 2017. ISSN 2317-3580. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9013/3847> Acesso em: 10 jun. 2022.

13 Trata-se do documentário denominado **Lucrando com a dor**, lançado em 2022. O novo estudo da Oxfam **Lucrando com a dor**, lançado neste domingo (22/5) às vésperas da reunião presencial do Fórum Econômico Mundial em Davos (Suíça), revela ainda que o total de 2.668 bilionários do mundo – 573 a mais que em 2020 – tem uma fortuna que chega a US\$ 12,7 trilhões, um aumento de US\$ 3,7B trilhões. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/lucrando-com-a-dor-novo-relatorio-mostra-como-bilionarios-lucraram-durante-a-pandemia-as-custas-de-milhoes/> Acesso em: 15 jun. 2022.

A corroborar tal preocupação manifestada pela referida organização internacional, importa consignar que os efeitos da pandemia não são homogêneos nem atingem uniformemente os diferentes atores da Sociedade internacional. Ao contrário, para alguns dos grandes agentes econômicos privados, a pandemia parece ter sido um grande e lucrativo negócio, enquanto que para uma imensa massa de coadjuvantes nesse processo permanece uma grande tragédia.¹⁴

Não por acaso, uma das mais intensas críticas quanto à proposta, sugere que o acordo não passa de um novo “arranjo dos países ricos”. A entidade OXFAM afirma que os 15% acertados no “segundo pilar” —acordo que só foi alcançado depois que a OCDE aceitou retirar o “pelo menos” que poderia ter aberto as portas para um futuro aumento— está muito longe do mínimo de 25% a 30% recomendado pelo painel de Nações Unidas sobre Responsabilidade Financeira, Transparência e Integridade (FACTI, na sigla em inglês) e “beneficiará amplamente os países ricos, aumentando a desigualdade”.¹⁵

Vale recordar que a desigualdade econômica e a concentração de renda podem ser apontadas como dois dos grandes problemas globais que carecem de solução e que são responsáveis por enormes dificuldades de coordenação de comportamentos das Sociedades no mundo contemporâneo. Ambas respondem muito bem ao problema global do funcionamento de um sistema que navega muito bem no mar revolto da globalização e da transnacionalização das empresas.

Como evidencia Dowbor (2014, p. 10):

A progressiva desagregação e perda de governança planetária tem um denominador comum: o contrato social que deveria embasar o nosso convívio como sociedades está cada vez mais corrompido, e a desigualdade está no centro desse processo.¹⁶

Não por acaso, o descompasso do fenômeno produtivo é imenso e multifacetado. Só para se ter uma pequena visão do contraste entre a performance das poucas grandes empresas transnacionais do planeta e a grande massa restante, basta olhar alguns números e estudos recentes conduzidos por algumas agências internacionais. Tratam-se de números que servem para, ao menos, causar espanto para os que ainda não perderam a capacidade de se indignar com essas situações.

A esse respeito, tem-se os seguintes indicadores:

Os 10 homens mais ricos do mundo têm mais riqueza do que a combinação de 40% da população mais pobre (equivalente a 3,1 bilhões de pessoas).

14 Conforme restou externado em outro texto, acredita-se que o fenômeno pandêmico serviu para comprovar a incidência do fenômeno da globalização e da Transnacionalidade, tornando ainda mais evidente a facilidade com que determinados atores operam em cenários não mais vinculados com referenciais aos entes políticos e jurídicos construídos na modernidade, tais como os estatais, os ordenamentos jurídicos os mercados internos, etc. Vide: SOUZA, Marcelo Adriam de; MAZZITELLI, Maira Martins Crespo. Os desafios da construção e viabilização de um modelo de governança sustentável na sociedade pós-pandemia. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina*, n. 11, Florianópolis: EMais, 2021.

15 Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-10-08/ocde-fecha-acordo-com-136-paises-para-definir-um-imposto-global-minimo-de-15-para-as-multinacionais.html> Acesso em: 10 jun. 2022.

16 DOWBOR, Ladislau. Entender a desigualdade: Reflexões sobre o capital no século XXI. In: BAVA, Silvio Caccia (org.). *Thomas Piketty e o segredo dos Ricos*. Tradução Equipe Le Monde Diplomatique Brasil. São Paulo: Veneta, 2014, p. 10.

A riqueza dos 20 maiores bilionários do mundo é mais alta do que o PIB de todos os países localizados na região da África Subsaariana.

Um trabalhador médio que está entre os 50% mais pobres da população mundial teria que trabalhar 112 anos para ganhar o que alguém que está no topo da pirâmide recebe em apenas 1 ano.¹⁷

E, de outro lado, as contradições reveladas pelos índices que envolvem a imensa massa de seres humanos, obrigados a conviver diariamente com a pobreza e a falta de condições básicas de sobrevivência. Como nos revela Dowbor:

[...] Hoje conhecemos o tamanho do rombo, temos dados para tudo, sabemos quem são os pobres. O *The Next 4 Billion* do Banco Mundial mostra que temos quase dois terços da população do planeta “sem acesso aos benefícios da globalização”, outros dados nos mostram os dois bilhões que vivem com menos de dois dólares ao dia, outros ainda se debruçam sobre os que vivem com menos de 1,25 dólar ao dia (um pouco mais de um bilhão de pessoas), temos inclusive os detalhes de 180 milhões de crianças que passam fome, de 4 milhões de crianças que morrem anualmente por não ter acesso a uma coisa tão elementar como água limpa.¹⁸

No entanto, nem tudo merece se converter em pontos de crítica. Há elementos que compõem a ideia que podem se apresentar como oportunidades para fomento da discussão quanto a propostas para superação de situações das crises que atingem a humanidade.

Primeiramente, porque a proposta de instituição de um imposto global abre espaço para a inserção nas agendas de agências, estados e instituições estatais e não estatais, de uma pauta que pretende abordar a atuação de mencionados agentes transnacionais. Fortalecer esses canais de diálogos entre múltiplos níveis, passando por atores públicos, privados, internacionais, nacionais, subnacionais e transnacionais, pode ser uma via para ampliar o espectro de análise quanto à possível necessidade de limitação à livre atuação de ditos atores econômicos.

Outrossim, a tentativa de tributação transnacional, ainda que não apresente objetivos claros e predefinidos no processo, pode exprimir uma oportunidade de unificação de discursos em torno de soluções à progressiva concentração de renda e máxima acumulação do capital sem a correspondente distribuição entre os demais atores sociais e produtivos. Contudo, é preciso inserir os mais variados segmentos sociais para além dos representantes econômicos no debate.

A intensificação e pluralização do debate em torno do assunto e dos instrumentos jurídicos que vêm sendo concebidos para regular a atuação das empresas transnacionais pode, outrossim, fomentar a construção de novas cláusulas que rompam ou reduzam o desequilíbrio de forças entre os sujeitos do contrato social, em especial, as Sociedades e Estados, sobretudo em suas representações mais fracas. Aliás, esse

17 Fonte: OXFAM. **Lucrando com a dor**: novo relatório mostra como bilionários lucraram durante a pandemia às custas de milhões. 22 maio 2022. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/lucrando-com-a-dor-novo-relatorio-mostra-como-bilionarios-lucraram-durante-a-pandemia-as-custas-de-milhoes/> Acesso em: 16 jun. 2022.

18 DOWBOR, Ladislau. Entender a desigualdade: Reflexões sobre o capital no século XXI. In: BAVA, Silvio Caccia (org.). **Thomas Piketty e o segredo dos Ricos**. Tradução Equipe Le Monde Diplomatique Brasil. São Paulo: Veneta, 2014. p. 11.

contrato pode muito bem ser reescrito ou ao menos revisto com a consideração cada vez mais ampla dos setores menos favorecidos e dos problemas que os assolam, tais como a pobreza, a fome, a concentração de renda e a falta de acesso ao saneamento básico, etc.

Enfim, a construção de um debate plural e de representatividade ampliada perante a pluralidade de agentes da Sociedade internacional – e não somente restrita aos confins burocráticos da OCDE –, quanto à tributação com caráter transnacional pode sim representar um princípio de reorientação social do sistema produtivo. Este poderá e deverá internalizar os custos de seu próprio avanço estrutural, proporcionando meios de se direcionar recursos a setores que demandam incentivos financeiros para conseguir romper com o que se pode denominar de travas de oportunidades e a consequente “armadilha da pobreza”.¹⁹

Entretanto, fica evidente que a medida não é de fácil concretização. As dificuldades na concepção e no convencimento dos atores e, principalmente, líderes econômicos e políticos globais, quanto à importância do tributo parecem não suplantar os desafios de sua colocação em prática. Alguns deles são os que dizem respeito à aceitação e abrangência de todos ou, ao menos da maioria das nações, já que a recalcitrância de algumas ou de várias delas pode representar um incremento na suposta guerra tributária, incentivando a concorrência que justamente a proposta visa a combater.²⁰

Em que pesem muitos aspectos que ainda tenham que ser amplamente debatidos, a ideia de instituição de um imposto global parece representar um certo avanço nas políticas de tratamento das empresas transnacionais. Primeiro porque reúnem diversos segmentos da sociedade internacional em torno de um objetivo comum, que é a necessidade de controlar a atividade das empresas transnacionais. Segundo porque, provocam inúmeros debates acerca das capacidades das empresas transnacionais e das consequências de sua operação cada vez mais livre no cenário global, tornando evidentes os impactos ambientais, sociais, econômicos, tecnológicos.²¹

Ainda que sua instituição esteja parecendo uma ideia em fase avançada de gestão, é possível reconhecer que o assunto pode contribuir para a discussão de um ambiente global menos injusto e descontrolado dos pontos de vista financeiro, econômico e empresarial. Todavia, o caminho para o aperfeiçoamento e concretização da proposta exige a participação efetiva de representantes das sociedades e nações menos desenvolvidas.

19 Segundo ensina Dowbor (2014, p. 10), as travas de oportunidades exprimem, em última análise, a situação do ciclo de pobreza, ou seja, a constatação de que, basicamente, quem nasce pobre, tende a permanecer nesta condição. “É a chamada armadilha da pobreza, a *poverty trap*”. Essa pesquisa mostrou que a pobreza simplesmente trava as oportunidades para dela sair.

20 Parece claro que se não houver a adesão maciça dos países que compõem a sociedade internacional, os principais alvos da tributação (as empresas transnacionais) poderão redirecionar suas operações justamente aproveitando-se dessas brechas, buscando abrigo longe das forças tributantes.

21 Para uma análise sobre diferentes propostas de imposto global e suas bases jurídico-políticas, veja-se: ALBUQUERQUE, Fabrício Sarmanho de. **Imposto global**: da taxa Tobin ao imposto patrimonial líquido. 2019. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília. UNB, Brasília, 2019. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38011/1/2019_Fabr%C3%ADcioSarmanhodeAlbuquerque.pdf Acesso em: 05 jun. 2022.

Um dos principais obstáculos que pode ser apontado é a ausência até o momento de uma organização internacional ou com vocação transnacional capaz de coordenar a instituição e a cobrança do imposto. Trata-se de pensar em um ponto sensível, já que a coordenação da arrecadação e as medidas de fiscalização são indispensáveis, em se tratando de regulação tributária.

O que parece correto é que a capacidade de operação dessas variáveis irá determinar o sucesso da iniciativa ou confirmar se não se trata de mais um exercício de retórica no jogo político internacional. Nesse sentido, a apropriação e o engajamento da Sociedade por meio dos mais variados segmentos parecem ser uma alternativa de fortalecimento não somente do diálogo em torno da adesão dos países, mas também da implementação de instituições capazes de agir no cenário global, fiscalizando e monitorando as práticas dos referidos sujeitos passivos.

A esse respeito, ideias paralelas como a instituição de observatórios sociais com abrangência transnacional, também podem contribuir para o monitoramento das práticas de concorrência tributárias e tentativas de elisão por parte das empresas transnacionais, além de representar um verdadeiro painel de observação do direcionamento dos recursos arrecadados com a referida exação global.

Aliás, por ostentar vocação eminentemente global, buscar medidas de ampla participação em nível transnacional parece ser fundamental, com a utilização de ferramentas tecnológicas, como a internet, para que se possa permitir à Sociedade acompanhar, sugerir e fiscalizar a aplicação dos recursos e a definição das prioridades na sua utilização.

Mais uma vez vale o alerta de Dowbor quanto ao diagnóstico e o prognóstico, ainda que não sejam de simples assimilação e tratamento:

Os nossos dilemas não são misteriosos. Estamos administrando o planeta para uma minoria, através de um modelo de produção e consumo que acaba com os nossos recursos naturais, transformando o binômio desigualdade/meio ambiente numa autêntica catástrofe em câmara lenta. Enquanto isso, os recursos necessários para financiar as políticas de equilíbrio estão girando na ciranda dos intermediários financeiros, na mão de algumas centenas de grupos que sequer conseguem administrar com um mínimo de competência as massas de dinheiro que controlam. O desafio, obviamente, é reorientar os recursos para financiar as políticas sociais destinadas a gerar uma economia inclusiva e para financiar a reconversão dos processos de produção e de consumo que revertam a destruição do meio ambiente.²²

Outrossim, encontrar formas de reorientar a velocidade de aceleração da força acumulativa do capital e da concentração das atividades das empresas transnacionais parece uma iniciativa a ser inserida nesse processo, combinando ação fiscal e social em prol de economias e sociedades mais amigas com a Terra e com a humanidade que nela habita.

Independentemente da posição que se tome em relação à proposta aprovada, parece correto reconhecer que o desenvolvimento de aplicações capazes de reorientar

22 DOWBOR, Ladislau. Entender a desigualdade: Reflexões sobre o capital no século XXI. In: BAVA, Silvio Caccia (org.), **Thomas Piketty e o segredo dos Ricos**. Tradução Equipe Le Monde Diplomatique Brasil. São Paulo: Veneta, 2014. p. 12.

a arrecadação tributária e em nível global parece um caminho a ser trilhado. Assim, aperfeiçoar as iniciativas de cooperação tributária em âmbito global, incluindo nas principais bases de incidência as atividades das empresas transnacionais, parece representar uma dessas alternativas na direção de Sociedades menos desequilibradas economicamente, seja interna como externamente.

Que ainda há pontos a serem esclarecidos, não há a menor dúvida. Contudo, a tendência reflexiva que se fortalece é a de que iniciativas como a instituição de um tributo de ordem global, que tenda a tocar a incidir sobre operações dos grandes protagonistas do cenário econômico global, como as empresas transnacionais, merecem ser vistas não somente como uma esperança, mas como um avanço concreto na reformulação e construção de narrativas e ações tendentes a reorientar as capacidades dos diferentes atores no cenário global, reposicionando as Sociedades em assuntos que encontravam-se ocultos.

Inserir-se responsável e criticamente no debate parece ser não somente uma questão de adesão voluntária, mas de necessidade e responsabilidade democrática, capacitando-se as Sociedades para enfrentar os problemas globais contemporâneos, como as crises sanitária, ambiental, social, econômica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os elementos indiciários colhidos no curso da presente investigação demonstram que a intensificação das interações sociais, o desenvolvimento das inovações tecnológicas, a expansão do capital financeiro e a conseqüente aceleração da circulação de pessoas, bens e serviços em âmbito global, característicos do fenômeno da globalização, são aspectos que demarcam a sociedade internacional contemporânea, o que contribui por alçar as empresas transnacionais a um avançado protagonismo global.

Além disso, a estrutura das empresas transnacionais evidencia a configuração de um ator privado de índole eminentemente econômico-empresarial, estruturado em cadeia, de forma que a relação entre sede e unidades filiais obedece a rigoroso plano de estratégia global de alocação de recursos e distribuição operativa. Tais caracteres parecem expressar a capacidade não somente de influenciar as entidades estatais, mas dotam as empresas transnacionais com uma competência para ultrapassar as fronteiras estatais, consolidando seu protagonismo econômico e político no palco global.

Nessa medida, sabendo-se que as empresas transnacionais parecem não contar com um tratamento jurídico capaz de impor limites à sua atuação, o debate em torno de instrumentos fiscais, ainda que não implique uma redução de suas capacidades relativamente aos demais atores internacionais, pode ao menos introduzir nas pautas de governos, agências e entidades internacionais elementos para a discussão quanto à necessidade de se limitar as conseqüências negativas da atuação de ditos atores.

Os debates em torno da instituição de um imposto global destinado a incidir sobre as operações das empresas transnacionais, ainda que não pareçam contar com

metas e objetivos claros, geram expectativas em torno do aperfeiçoamento desse instrumento regulatório. Embora não pareça iniciativa de fácil concretização, alguns aspectos merecem aplausos.

Embora ainda não esteja instrumentalizada na prática, a tributação prevista merece atenção da comunidade jurídica, sobretudo porque parece representar avanços em alguns temas que dizem respeito à atuação das empresas transnacionais. Trata-se de uma iniciativa que desperta na sociedade internacional um sentimento de que é preciso urgentemente analisar e formatar soluções que possam conduzir ao engajamento das empresas transnacionais na minimização dos impactos causados por suas atividades.

Inserir segmentos plurais e da ampla representatividade da sociedade internacional na ativação e desenvolvimento de aplicações regulatórias destinadas ao respeito de pautas axiológicas comuns da humanidade parece uma alternativa viável, ainda que encontrem as naturais e conhecidas resistências por parte de segmentos poderosos.

Em perspectiva conclusiva, reflexões em torno de propostas como a de um imposto global, podem se constituir em elemento-chave para a sensibilização dos líderes corporativos e formuladores de políticas, os quais devem saber ouvir os anseios e as necessidades dos segmentos menos favorecidos da Sociedade. Assim, parece justo afirmar que negligenciar o significado dessas iniciativas, pode representar a assunção dos riscos de uma progressiva caminhada para o destino que certamente conduzirá ao insucesso da sobrevivência da humanidade, e por óbvio de seus sistemas produtivos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabrício Sarmanho de. **Imposto global**: da taxa Tobin ao imposto patrimonial líquido. 2019. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília. UNB, Brasília, 2019. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38011/1/2019_Fabr%C3%ADcioSarmanhodeAlbuquerque.pdf Acesso em: 05.06.2022.

AYUSO, Silvia. OCDE fecha acordo com 136 países para definir um imposto global mínimo de 15% para as multinacionais. **EL País. Economia**. 08 out. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-10-08/ocde-fecha-acordo-com-136-paises-para-definir-um-imposto-global-minimo-de-15-para-as-multinacionais.html> Acesso em: 10 jun. 2022.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BAVA, Silvio Caccia (org.). **Thomas Piketty e o segredo dos ricos**. Trad. Equipe Le Monde Diplomatique Brasil. – Le Monde Diplomatique Brasil. São Paulo: Veneta, 2014.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradução e estética na ordem social moderna. São Paulo: Ed. UNESP, 1997.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI**. Em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

CRETELLA NETO, José. **Empresa transnacional e Direito Internacional**: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

DOWBOR, Ladislau. **A reprodução social**: tecnologia, globalização e governabilidade. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1.

DOWBOR, Ladislau. Entender a desigualdade: Reflexões sobre o capital no século XXI. In: BAVA, Silvio Caccia (org.). **Thomas Piketty e o segredo dos Ricos**. Tradução Equipe Le Monde Diplomatique Brasil. São Paulo: Veneta, 2014. p. 10.

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

FORQUESATO, Pedro Henrique Thibes. **O que é o imposto corporativo global acordado por Brasil e outros 135 países**. CNN Brasil Business. 09 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/o-que-e-o-imposto-corporativo-global-acordado-por-brasil-e-outros-135-paises/> Acesso em: 04 abr. 2022.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1990.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 12. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

HELD, David *et al.* **Global Transformations**: Politics, Economics and Culture. Stanford: Stanford University Press, 1999.

KAWAMURA, Karlo Koiti. **A arena das empresas transnacionais e o desafio de regulamentação**: limites dos regimes internacionais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

MELLO, Celso Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OCDE. **Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia**. 08 out. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/declaracao-sobre-uma-solucao-de-dois-pilares-para-enfrentar-os-desafios-fiscais-decorrentes-da-digitalizacao-da-economia-8-outubro-2021.pdf> Acesso em: 20 jun. 2022.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais**. Estudos de introdução. Curitiba: Juruá, 2001.

OXFAM Brasil. **Lucrando com a dor**: novo relatório mostra como bilionários lucraram durante a pandemia às custas de milhões. 22 maio 2022. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/lucrando-com-a-dor-novo-relatorio-mostra-como-bilionarios-lucraram-durante-a-pandemia-as-custas-de-milhoes/> Acesso em: 15 jun. 2022.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Teoria e prática. 14. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: EMais, 2018.

QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. 2. ed. Trad. de Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

SOUZA, Marcelo A. de. **A personalidade jurídica das empresas transnacionais na ordem internacional**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Chapecó: Unochapecó, 2017.

SOUZA, Marcelo Adriam de; MAZZITELLI, Máira Martins Crespo. Os desafios da construção e viabilização de um modelo de governança sustentável na sociedade pós-pandemia. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina**, n. 11 – Florianópolis: EMais, 2021.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Trad. Nuno Canas Mendes. Portugal: Publicações Europa-América Ltda., 1993.

TUMELERO, Náina Ariana Souza. OLSSON, Giovanni. As empresas transnacionais e a elisão combinada dos sistemas jurídicos nacionais: os estados como meras peças do jogo global? **Revista Thesis Juris–RTJ**, ISSN 2317-3580, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 484-502, set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9013/3847> Acesso em: 10.06.2022.

VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito**. Direito internacional, globalização e complexidade. Tese de livre docência. São Paulo: Uniceub, 2012.

VISIBILIDADE DA ATIVIDADE PÚBLICA NA DEMOCRACIA E DECISÃO ADMINISTRATIVA POR ALGORITMO DO TIPO *BLACK BOX*

Mário Sérgio Simas¹

RESUMO

O presente artigo trata da visibilidade da atividade pública na democracia e da decisão administrativa por algoritmo do tipo *black box*, com o objetivo de examinar a sua (in) compatibilidade. Busca contextualizar e definir essa característica da democracia e as chamadas *black boxes* para, posteriormente, tratar da (im)possibilidade da decisão administrativa por algoritmos dessa espécie, no que diz respeito à proteção desse aspecto democrático mencionado. Conclui que as decisões administrativas não podem resultar direta e imediatamente da operação de um algoritmo do tipo *black box*, ou seja, que a decisão administrativa não pode ser praticada por meio da própria execução direta de algoritmo dessa natureza. Ressalva, por outro lado, que isso não significa que tecnologia como essa não pode ser utilizada em toda e qualquer circunstância no setor público. O método de investigação utilizado foi o indutivo. Aplicou-se a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: democracia; visibilidade; algoritmo; *black box*.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar a visibilidade da atividade pública na democracia e a decisão administrativa por algoritmo do tipo *black box*, com o objetivo de examinar a sua (in)compatibilidade.

No estudo, trata-se da transparência na democracia, da opacidade das chamadas *black boxes* e analisa-se a (im)possibilidade da decisão administrativa por algoritmos dessa espécie, no que diz respeito à proteção desse aspecto democrático mencionado.

Procura-se responder, de forma não exauriente, à seguinte questão: a decisão administrativa por algoritmo do tipo *black box* é compatível com a visibilidade da atividade pública na democracia?

Para tanto, trata-se da visibilidade da atividade pública na democracia sob uma perspectiva histórica e atual, contextualiza-se e define-se algoritmo do tipo *black box* e sua característica de opacidade e, ao final, aborda-se a (im)possibilidade da decisão administrativa por algoritmos dessa natureza, no que pertine à tutela dessa característica democrática referida.

Parte-se da hipótese de que as decisões administrativas não podem resultar direta e imediatamente da operação de um algoritmo do tipo *black box*, mas sem consi-

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

derar que tecnologias dessa espécie não podem ser utilizadas em toda e qualquer circunstância no setor público.

As expressões visibilidade, transparência, publicidade e outras correlatas são tratadas com um único sentido, sem distinções técnicas, já que são desnecessárias ao objetivo do estudo. Da mesma forma são tratadas as expressões incompreensibilidade, opacidade e outras análogas.

Além desta Introdução, o artigo obedece à seguinte divisão: no Capítulo 2, fazem-se considerações históricas iniciais sobre democracia e visibilidade da atividade pública, com o objetivo de contextualizar o assunto e indicar que a preocupação com o tema não é recente, nem de pouca importância. Posteriormente, aborda-se a democracia e a visibilidade da atividade pública na atualidade, a fim de demonstrar a permanência do entrelaçamento entre a transparência do exercício da função pública e o regime democrático de governo nos tempos atuais.

No Capítulo 3, define-se algoritmo do tipo *black box*, com enfoque na característica de incompreensibilidade quanto ao modo do seu funcionamento.

No Capítulo 4, analisa-se a (im)possibilidade da decisão administrativa por algoritmos do tipo *black box* no que diz respeito à proteção da visibilidade da atividade pública na democracia.

Este artigo se encerra com o Capítulo 5, 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 DEMOCRACIA E VISIBILIDADE DA ATIVIDADE PÚBLICA

2.1 Breves considerações históricas

Tendo em vista que neste trabalho um dos assuntos abordados é o aspecto da visibilidade do exercício da atividade pública na democracia, tema tão presente na história ocidental, considera-se importante fazer algumas breves considerações históricas iniciais.

Segundo Cremonese:²

Grécia e Roma consolidaram por séculos seus sistemas de governos, possibilitando e permitindo a participação de um significativo número de cidadãos. Com o desaparecimento das civilizações clássicas, a democracia desaparece juntamente e, por um bom tempo, ficará fora de cena no Ocidente. A experiência democrática só voltará no início da modernidade, com a participação da burguesia liberal na defesa dos direitos civis e políticos.

Pode-se falar, dessa forma, que, no Ocidente, ocorreu regime democrático de governo nas civilizações clássicas de Grécia e Roma e no período posterior aos movimentos liberais ocorridos no início da modernidade.

2 CREMONESE, Djalma. A participação como pressuposto da democracia. *Desenvolvimento em questão*, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, v. 10, n. 19, p. 78-102, 2012.. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/752/75223533003.pdf> Acesso em: 5 jun. 2021.

Nos dois períodos históricos, como se verá, encontram-se características relacionadas à visibilidade do exercício da atividade pública na democracia.

Como o objetivo deste capítulo é apenas contextualizar o assunto historicamente e indicar que a preocupação com o caráter visível do poder público não é recente nem de pouca importância, far-se-ão apenas pequenas considerações sobre o tema em relação à Grécia antiga e ao período da Revolução Francesa.

Conforme Machado Segundo,³ na Grécia antiga, “não havia ainda [...] uma ideia de indivíduo, oponível ao Estado, algo verificado apenas na Idade Moderna”. Disso se pode concluir que é difícil identificar um direito individual à informação, à transparência, à visibilidade no exercício do poder público em face do Estado em moldes semelhantes ao que existe atualmente.

Além disso, segundo Singer, Araújo e Belinelli,⁴ não havia uma cidadania universal, mas uma cidadania que implicava excluídos. Explica Blainey,⁵ por exemplo, que em Atenas:

Somente aqueles classificados formalmente como cidadãos tinham o direito de falar e votar e, a partir do ano 451 a.C., um cidadão ateniense que se casasse com uma estrangeira privava, conseqüentemente, todos os filhos desse casamento do direito de votar. Os pobres não votavam, as mulheres e os inúmeros escravos não votavam; somente os proprietários de terras podiam votar, mas muitos fazendeiros eram muito pobres ou moravam muito longe de Atenas para poderem parar o trabalho e estar presentes aos barulhentos debates.

Não obstante as características próprias da democracia existente à época e as suas diferenças em relação às democracias atuais, é possível verificar uma visibilidade na prática das decisões públicas. Dizem Singer, Araújo e Belinelli:⁶

Em que condições concretas, porém, liberdade e igualdade eram praticáveis? A resposta envolveu um leque de diferentes alternativas. Contudo, podemos elaborar uma fórmula geral a partir dos elementos comuns. O ponto fundamental era que o processo de tomada de decisões não fosse a expressão de uma vontade caprichosa, de uma pessoa ou de um grupo. Ao capricho – índice maior de um poder arbitrário, despótico – se contrapunha a ideia de um empreendimento comum que resultasse de um processo de reflexão pública, feito em espaço aberto e visível, exato oposto das decisões tomadas na “antecâmara”, o espaço encoberto, privado, ambiente da dominação.

Em trecho de discurso proferido por Péricles, transcrito por Tucídides⁷ no livro *História da Guerra do Peloponeso*, pode-se observar a importância que se dava ao interesse pela participação e pelo esclarecimento acerca das questões públicas:

3 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 142.

4 SINGER, André; ARAÚJO, Cícero; BELINELLI, Leonardo. **Estado e democracia: uma introdução ao estudo da política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021. p. 48.

5 BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2009. p. 69.

6 SINGER, André; ARAÚJO, Cícero; BELINELLI, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 49.

7 TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário Da Gama Kury, 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa e Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2001. p. 110-111. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/0041-historia_da_guerra_do_peloponeso.pdf Acesso em: 26 jul. 2021.

Ver-se-á em uma mesma pessoa ao mesmo tempo o interesse em atividades privadas e públicas, e em outros entre nós que dão atenção principalmente aos negócios não se verá falta de discernimento em assuntos políticos, pois olhamos o homem alheio às atividades públicas não como alguém que cuida apenas de seus próprios interesses, mas como um inútil; nós, cidadãos atenienses, decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las claramente, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação.

A seu tempo e modo, portanto, havia uma forma de proceder que continha e/ou valorizava em alguma medida a visibilidade no exercício das atividades públicas.

No período da Revolução Francesa observa-se uma distinção clara entre indivíduos e Estado, com o alcance, logo após, da titularização de direitos por aqueles frente a este, previstos na Constituição de 3 de setembro de 1791, baseada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. É o que se pode depreender das palavras de Jellinek:⁸

Qualquer que seja o valor intrínseco das proposições gerais contidas nessa Declaração, sob sua influência se formou, no direito positivo dos Estados do continente, a noção de direitos subjetivos e públicos do indivíduo. A literatura de direito público não conhecia, até então, senão os direitos do Chefe de Estado e os privilégios de classe, de particulares ou de certas corporações. Os direitos gerais dos indivíduos não apareciam senão sob a forma de deveres do Estado, e não constituíam, para o indivíduo, títulos caracterizadores de direito. Não foi senão pela Declaração dos Direitos do Homem que se formou, no direito positivo, em toda sua amplitude, a noção de direitos subjetivos do cidadão frente ao Estado, noção que, até então, não era conhecida senão pelo direito natural. Isso foi realizado em primeiro lugar pela Constituição de 3 de setembro de 1791: baseando-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a tinha precedido, fixou uma série de direitos naturais e civis garantidos pela Constituição.

Além disso, segundo Machado Segundo,⁹ diferentemente do que ocorria em Atenas, em que o conceito de cidadão era bastante restrito, essa definição passou a ser muito mais abrangente na democracia moderna.

Sobre a visibilidade do exercício da atividade pública, na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encontram-se os seguintes artigos:

Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si mesmos ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

(Art. XIV, grifou-se)¹⁰

8 JELLINEK, Georg. *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: Contribuição para a História do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2: p. 26.

9 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. p. 145.

10 JELLINEK, Georg. *Op. Cit.*, v. 2: p. 102.

A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

(Art. XV, destacou-se)¹¹

Acerca do mesmo tema, Bobbio¹² mostra um exemplo de texto de Natale da época da Revolução Francesa ao registrar:

Entre as inúmeras obras do tempo da revolução, trago esta exemplar citação do *Catecismo republicano* de Michele Natale (o bispo de Vico, justificado em Nápoles a 20 de agosto de 1799):

Não existe nada de secreto no Governo Democrático?

Todas as operações dos governantes devem ser conhecidas pelo Povo Soberano, exceto algumas medidas de segurança pública, que ele deve conhecer apenas quando cessar o perigo.

Como se pode observar, também nesse momento histórico da democracia no ocidente destacado encontra-se preocupação com a transparência da atividade pública, no sentido da importância de ser visível e compreensível ao cidadão o exercício das funções estatais.

Feitas essas duas referências históricas, com o objetivo apenas de contextualizar o assunto e indicar que essa preocupação não é recente nem de pouca importância, passa-se a abordar a questão da visibilidade do exercício da atividade pública como característica da democracia na atualidade.

2.2 Democracia e visibilidade da atividade pública na atualidade

Não obstante se tenha consciência de que a conceituação de democracia é quase impossível,¹³ aqui se busca trabalhar com uma definição que possa contribuir para o desenvolvimento do tema em abordagem. Para tanto, será considerado um conceito utilizado por Machado Segundo,¹⁴ de acordo com quem ela pode ser vista como:

[...] a forma de governo na qual todos aqueles que se acham sob sua disciplina têm iguais oportunidades de, livremente, interferir na sua formação e na sua condução, podendo dele participar, escolher, fiscalizar e criticar os que dele participam.

Encontra-se nessa definição, como se pode observar, a possibilidade de todos interferirem na condução do modo de governo, com possibilidade de, entre outras coisas, fiscalizá-lo e criticá-lo.

Para que seja possível realizar essas faculdades, no entanto, é preciso conhecer e compreender o conteúdo dos atos do governo. Vale dizer, para poder interferir na condução da atividade pública, fiscalizá-la e criticá-la, é preciso estar esclarecido sobre como ela é exercida. Elucida Bobbio:¹⁵

11 *Ibid.*, p. 103.

12 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 17. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 137.

13 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. Cit.*, p. 111.

14 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. Cit.*, p. 153.

15 BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 138.

Que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidas pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?).

Escreve o autor, ainda, que “um dos lugares-comuns de todos os velhos e novos discursos sobre a democracia consiste em afirmar que ela é o governo do ‘poder visível’”.¹⁶ Diz, também, que “[...] a democracia nasceu com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente [...]”.¹⁷

Para ele:¹⁸

Uma das razões da superioridade da democracia diante dos Estados absolutos, que tinham revalorizado os *arcana imperii* e defendiam com argumentos históricos e políticos a necessidade de fazer com que as grandes decisões políticas fossem tomadas nos gabinetes secretos, longe dos olhares indiscretos do público, funda-se na convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao “poder sem máscara”.

Bobbio¹⁹ trata da eliminação do poder invisível como uma promessa da democracia ideal não cumprida pela democracia real.

De todo modo, com ou sem correspondência integral na realidade, fato é que o caráter visível das atividades exercidas pelo poder público é valor cuja concretização diversos países, organismos internacionais e sistemas regionais buscam realizar. Sobre isso, Cavalcante e Camurça²⁰ escrevem:

O tema da transparência está cada vez mais na pauta dos países civilizados. O direito à informação é considerado uma ferramenta de transformação da sociedade pelo fato de promover a transparência da gestão pública e melhorar a qualidade da democracia. Em meio à chamada sociedade da informação, há uma demanda ainda maior pelo princípio da máxima divulgação, que presume: dados mantidos pelos órgãos públicos devem ficar sujeitos à revelação. Assim, o referido direito foi regulado por leis em diversos países, além de estabelecido por organismos internacionais e por sistemas regionais de direitos humanos, que determinam aos Estados o compromisso de criar leis capazes de assegurar o acesso à informação como um direito humano.

Na República Federativa do Brasil, o direito ao conhecimento sobre o conteúdo dos atos públicos está previsto, por exemplo, no artigo 5º, incisos XXXIII e LX, da sua Constituição,²¹ que estabelecem:

16 *Ibid.*, p. 135.

17 *Ibid.*, p. 52.

18 *Ibid.*, p. 53.

19 *Ibid.*, p. 51.

20 CAVALCANTE, Denise Lucena; CAMURÇA, Eulália Emilia Pinho. Lei da transparência fiscal: o direito à informação como direito fundamental. In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Democracia e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 252.

21 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 28 jul. 2021.

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;

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

[...].

Pode ser visualizado, também, em outros dispositivos constitucionais, como, exemplificativamente, os arts. 37, § 3º, II, e 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil,²² além de estar previsto em leis infraconstitucionais, como, a título exemplificativo, a Lei n. 12.527/2011²³ e a Lei n. 13.105/2015.²⁴

A visibilidade da atividade pública, portanto, é importante valor cuja concretização é buscada por organizações políticas democráticas na atualidade. Conhecer e compreender o conteúdo dos atos do governo é essencial para que se possa exercer faculdades inerentes ao regime democrático, como participar na condução da atividade pública, fiscalizá-la e criticá-la.

3 O ALGORITMO DO TIPO *BLACK BOX* E A OPACIDADE DO SEU FUNCIONAMENTO

Antes de definir o que é algoritmo do tipo *black box* para os fins deste estudo, é importante apresentar o que se entende aqui por inteligência artificial.

Definir inteligência artificial é tarefa difícil até mesmo para os autores que tratam especificamente desse tema. Luger²⁵ explica, por exemplo, que:

Em virtude do seu escopo e da sua ambição, a inteligência artificial não tem uma definição simples. Até o momento, simplesmente a definimos como *a coleção de problemas e metodologias estudada pelos pesquisadores de inteligência artificial*.

Ciente dessa dificuldade, aqui se adotará uma definição que, embora se saiba não ser exauriente, contribua para contextualizar o âmbito em que se encontra o conceito de algoritmo do tipo *black box*.

22 *Ibid.*

23 BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em: 31/7/2021.

24 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: 31/7/2021.

25 LUGER, George F. *Inteligência Artificial*. Tradução de Daniel Silveira; revisão técnica Andréa labrudi Tavares. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 2.

Hartmann Peixoto e Martins da Silva²⁶ apontam, como uma das definições de inteligência artificial, a de Russel no seguinte texto:

Stuart Russel (2016) define IA como o estudo dos métodos para fazer computadores se comportar de forma inteligente. Afirma que, grosso modo, um computador é inteligente na medida em que faz a coisa certa ao invés de a coisa errada. Conceitua a coisa certa como a ação que é mais propensa a atingir um objetivo, ou, em termo mais técnicos, a ação que maximiza uma utilidade esperada. Sustenta que a IA inclui tarefas como *aprendizagem, raciocínio, planejamento, percepção, compreensão de linguagem e robótica*.

Na sequência, Hartmann Peixoto e Martins da Silva²⁷ tecem o seguinte comentário, citando Maini e Saibri e Calo:

Pode-se perceber que muitas áreas do conhecimento estão na base do estudo e desenvolvimento da área de IA, como: matemática, lógica, filosofia, probabilística, linguística, neurociência e teoria da decisão. Para melhor compreender o seu conceito – e relacionar com o que é noticiado como o desenvolvimento da área –, destaca-se que IA é um termo guarda-chuva. Ele abriga muitas áreas de estudo e técnicas, como: visão computacional, robótica, processamento da linguagem natural e *machine learning*, por exemplo (MAINI, SAIBRI, p. 9; CALO, 2017, p. 5 *apud* HARTMANN PEIXOTO; MARTINS DA SILVA).

A inteligência artificial, nesse sentido, trabalha com métodos para fazer computadores agirem de forma inteligente, no sentido de maximizar o atingimento de objetivos que se pretenda alcançar. Dentro da inteligência artificial encontram-se, por exemplo, temas como robótica, processamento da linguagem natural, raciocínio e *machine learning*.

Feitas essas considerações sobre o que se entende aqui por inteligência artificial, passa-se a expor o que se tem por algoritmo do tipo *black box* neste estudo.

Com apoio em Hoffmann-Riem,²⁸ considera-se algoritmo uma sequência finita de etapas individuais predefinidas para resolver um problema, que, em computadores, é escrita em linguagem digital para processamento por máquina.

black box, por outro lado, segundo Pereira,²⁹ “[...] é a expressão usada para designar o ‘raciocínio’ de uma IA, que pode ser incompreensível até mesmo para seus programadores”.

Dessa forma, algoritmo do tipo *black box*, a partir de uma aglutinação do que foi acima exposto, é uma sequência finita de etapas predefinidas para resolver um problema que, buscando maximizar o atingimento de objetivos por meio de computadores, aplica um “raciocínio” que pode ser incompreensível até mesmo para os seus programadores.

26 HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. *Inteligência artificial e direito*. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019. p. 74-75.

27 *Ibid.*, p. 57.

28 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 11-12.

29 PEREIRA, Thales Alessandro Dias. Transparência de algoritmos e decisões automatizadas: compreendendo o art. 20 da LGPD. In: HARTMANN PEIXOTO, Fabiano (org.). *Inteligência artificial: estudos de inteligência artificial*. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2021. p. 164.

Como se percebe, quando se trata de *black boxes*, a questão da transparência vai muito além da simples discussão acerca do acesso ao código-fonte. Isso porque, se sequer os programadores – ou seja, aqueles que construíram o código – conseguem compreender o motivo pelo qual determinados dados de entrada resultaram em determinados dados de saída, o mero acesso à linguagem computacional escrita não resolveria o problema da opacidade.

Pelo mesmo motivo, não há como atribuir a incompreensibilidade sobre como se chegou a determinado resultado à falta de educação específica sobre como funcionam os algoritmos. Afinal, nesses casos, ocorre de nem mesmo os seus criadores conseguirem compreender e explicar o que acontece exatamente no interior do seu funcionamento.

Para se ter uma ideia da complexidade dessa questão, do que foi escrito por Pereira³⁰ pode-se extrair que há situações, por exemplo, em que algoritmos operam com padrões de dados que podem não ser percebidos por humanos ou atuam em espaços que os humanos não conseguem visualizar. Na tentativa de conferir melhor elucidação sobre isso, transcrevem-se as palavras do mencionado autor:

No caso do *machine learning*, explica Bathae (2018, p. 901-906), as etapas do raciocínio da máquina se baseiam em padrões de dados que podem não ser sequer percebidos por humanos. O autor dá como exemplo as redes neurais profundas e as máquinas de suporte vetoriais. As primeiras distribuem informações e decisões por milhares de unidades (“neurônios”), criando padrões de complexidade tão alta que não é possível compreender como o dado de saída (*outputs*) foi trabalhado após a entrada (*inputs*) na rede neural. As segundas operam identificando padrões estatísticos em espaços geométricos multidimensionais que humanos não conseguem visualizar.

Consequentemente, o raciocínio da máquina pode restar opaco ou ininteligível para o ser humano, de modo que há casos em que não há como explicar (no sentido usual do termo) os porquês de determinados dados de entrada resultarem em determinados dados de saída. Ou seja, ainda que se conheça o código do algoritmo, não se consegue explicar as etapas anteriores à decisão concreta.

O que se percebe, portanto, é que os algoritmos do tipo *black box* apresentam uma esfera de severa incompreensibilidade no conteúdo do seu funcionamento, um grau intenso de opacidade a quem objetiva entender o processo interno pelo qual opera no que diz respeito às razões pelas quais chega aos resultados que a sua aplicação alcança.

Contudo, é importante notar que esse espaço não alcançado pela compreensão humana não é necessariamente prejudicial em toda e qualquer situação. Pode, diversamente, ser até mesmo uma grande vantagem, quando, como afirma Pimentel citando Zednick³¹ “[...] conseguem identificar soluções altamente intuitivas e sutis que dificilmente seriam encontradas mediante a utilização de abordagens tradicionais” (ZEDNIK, 2019, p. 4 *apud* PIMENTEL, 2021).

30 *Ibid.*, p. 164.

31 PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Direito e ética da inteligência artificial e dos algoritmos de "caixa preta"*. Edição do autor. 2021. Posição 455-459 do Kindle.

4 VISIBILIDADE DA ATIVIDADE PÚBLICA NA DEMOCRACIA E DECISÃO ADMINISTRATIVA POR ALGORITMO DO TIPO *BLACK BOX*

Conforme já tratado neste trabalho, a visibilidade do exercício da atividade pública é um dos valores buscados na democracia. Para poder conduzir o governo, fiscalizá-lo e influenciar no seu rumo é preciso que o povo conheça e compreenda o exercício da atividade pública.

Consequentemente, uma falta excessiva de clareza, de transparência, de visibilidade, pode levar a um afastamento de nível intolerável desse valor e característica do regime democrático.

Nesse contexto, ferramentas tecnológicas que têm como característica a opacidade – e os algoritmos do tipo *black box* têm apresentado uma esfera de severa incompreensibilidade no seu funcionamento –, se forem implementadas no âmbito da atividade pública, devem sê-lo com cuidado. É preciso assegurar que sua implementação caminhe ao lado da preservação dos valores que fazem parte da democracia.

Isso para que não se regrida em relação ao patamar democrático que já foi atingido em termos de visibilidade do exercício da atividade pública.

Em se tratando de *black boxes*, mais do que evitar que o poder, titularizado pelo povo, seja exercido fora dos seus anseios, trata-se de evitar que o poder público seja exercido sem que sequer se tenha a completa compreensão de como são definidos e postos em prática os seus rumos.

Nesse sentido, entende-se que as decisões administrativas não podem resultar direta e imediatamente da operação de um algoritmo do tipo *black box*. Vale dizer, pensa-se que a decisão administrativa não pode ser praticada por meio da própria execução direta de algoritmo dessa espécie. Pensa-se que isso implicaria que o titular do poder perdesse o controle sobre o que lhe pertence, o que configuraria um afastamento intolerável dos valores que circundam a visibilidade da atividade pública na democracia.

Isso não significa, todavia, que algoritmos desse tipo não podem ser utilizados em toda e qualquer circunstância. Como tecnologia que pode ser útil no exercício da atividade pública, acredita-se que haja espaço para a sua utilização, desde que com os devidos controles, acompanhamentos e cuidados necessários. Pensa-se que podem ser utilizados como auxílio, apoio, a subsidiar o exercício da atividade pública.

Valendo-se da orientação de que o justo está no meio entre os extremos,³² acredita-se que não se pode descartar toda e qualquer utilização de algoritmos dessa natureza no âmbito da atividade pública e que, por outro lado, não se deve considerar adequada a sua utilização na forma de substituição da atividade administrativa decisória ou fazendo as vezes da sua própria direta realização.

Em suma, o que se entende inadequado é que a decisão administrativa seja resultado direto e imediato da aplicação de um algoritmo do tipo *black box*. Isso porque, nesse caso, não se terá controle sobre a própria racionalidade da decisão e os rumos

32 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 99.

da condução da atividade pública não estarão visíveis ao povo e controláveis por ele, titular do poder. Ressalva-se, ao mesmo tempo, contudo, que isso não significa impossibilidade absoluta da utilização desse tipo de tecnologia no âmbito das atividades públicas, pois se acredita que o seu uso pode encontrar espaço quando acompanhado de controle, acompanhamento e cuidados, e não acarretar a substituição da atividade administrativa decisória nem significar, em si mesmo, a sua própria realização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo foi possível observar que, historicamente, a visibilidade do exercício da atividade pública é um valor buscado onde há regime democrático de governo.

A seu tempo e modo, na Grécia antiga já havia uma forma de proceder que continha e/ou valorizava em alguma medida a visibilidade no exercício das atividades públicas.

No período da Revolução Francesa também se encontra a preocupação com a transparência da atividade pública, no sentido da importância de ser visível e compreensível ao cidadão o exercício das funções estatais.

Observou-se, também, que a visibilidade da atividade pública é importante valor cuja concretização é buscada por organizações políticas democráticas na atualidade e que conhecer e compreender o conteúdo dos atos do governo é essencial para que se possa exercer faculdades inerentes ao regime democrático, como participar na condução da atividade pública, fiscalizá-la e criticá-la.

Viu-se, na sequência, que o algoritmo do tipo *black box* é uma sequência finita de etapas predefinidas para resolver um problema que, buscando maximizar o atingimento de objetivos por meio de computadores, aplica um “raciocínio” que pode ser incompreensível até mesmo para os seus programadores, apresentando, dessa forma, uma esfera de severa incompreensibilidade no conteúdo do seu funcionamento, um grau grave de opacidade a quem objetiva entender o processo interno pelo qual opera, no que diz respeito às razões pelas quais chega aos resultados que a sua aplicação alcança.

Ao final, relacionando a visibilidade da atividade pública na democracia com a opacidade dos algoritmos do tipo *black box*, concluiu-se que as decisões administrativas não podem resultar direta e imediatamente da operação de um algoritmo do tipo *black box*, o que não significa que não podem ser utilizados em toda e qualquer circunstância, porque não se descarta que possa haver espaço para a sua utilização, desde que com os devidos controles, acompanhamentos e cuidados necessários, sobretudo como forma de auxílio, apoio, a subsidiar o exercício da atividade pública, sem acarretar a substituição da atividade administrativa decisória nem significar, em si mesmo, a sua própria realização.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 17. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 28 jul. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em: 31 jul. 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: 31 jul. 2021.
- CAVALCANTE, Denise Lucena; CAMURÇA, Eulália Emília Pinho. Lei da transparência fiscal: o direito à informação como direito fundamental. *In*: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Democracia e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2016.
- CREMONESE, Djalma. A participação como pressuposto da democracia. **Desenvolvimento em questão**, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, v. 10, n. 19, p. 78-102, 2012. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/752/75223533003.pdf> Acesso em: 05 jun. 2021.
- HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. **Inteligência artificial e direito**. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**: transformação digital: desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- JELLINEK, Georg. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**: Contribuição para a História do Direito Constitucional Moderno. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.
- LUGER, George F. **Inteligência Artificial**. Tradução de Daniel Silveira; revisão técnica Andréa Iabrudi Tavares. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.
- PEREIRA, Thales Alessandro Dias. Transparência de algoritmos e decisões automatizadas: compreendendo o art. 20 da LGPD. *In*: HARTMANN PEIXOTO, Fabiano (org.). **Inteligência artificial**: estudos de inteligência artificial. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2021.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **Direito e ética da inteligência artificial e dos algoritmos de “caixa preta”**. Edição do autor, 2021. Kindle.

SINGER, André; ARAÚJO, Cícero; BELINELLI, Leonardo. **Estado e democracia: uma introdução ao estudo da política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário Da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa e Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2001. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/0041-historia_da_guerra_do_peloponeso.pdf Acesso em: 26 jul. 2021.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ICMS ECOLÓGICO E SEU MANEJO COMO INSTRUMENTO ECONÔMICO NA GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

Nataniel Martins Manica¹

Rodrigo Diel de Abreu²

Rodrigo Spessatto³

RESUMO

Não há dúvida da premente necessidade de se tutelar o meio ambiente, a fim de que as presentes e futuras gerações possam desfrutá-lo de maneira saudável, mormente em prol do bem-estar e da segurança da humanidade. É cediço, outrossim, que o sistema tributário foi se desenvolvendo ao longo do tempo, em consonância com os movimentos e respectivas conquistas sociais, sendo uma delas a tutela dos direitos difusos, assim considerados como direitos fundamentais de 3ª geração, em especial a proteção ao meio ambiente. Desse modo, o sistema tributário passou a ser também utilizado como instrumento de execução de políticas públicas ambientais, por meio de sua finalidade denominada pela doutrina como extrafiscal. Destaca-se que a referida extrafiscalidade concerne não apenas ao tributo em si mesmo considerado, mas também reflete em momento posterior à incidência do fato gerador, ou seja, quando da repartição das receitas tributárias. Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo discorrer acerca do intitulado ICMS Ecológico, erigido para (des)estimular condutas que possam reflexamente interferir no meio ambiente, podendo-se afirmar, inclusive, que é um dos principais institutos atualmente à disposição dos Estados, para a consecução de suas políticas públicas voltadas a um desenvolvimento ambiental sustentável.

Palavras-chave: Sistema Tributário; Meio Ambiente; Gestão Ambiental; Instrumento Econômico; ICMS Ecológico.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar um dos principais instrumentos de políticas públicas ambientais que o Poder Público pode valer-se, o ICMS Ecológico, mecanismo que possui um caráter indutor do comportamento dos agentes econômicos privados e faz parte de uma política de Gestão Ambiental.

1 O autor é Procurador do Estado de Santa Catarina, Coordenador do Núcleo de Gestão de Execuções de Sentença - GESEN. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Território, Urbanismo Y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular pela Universidade de Alicante (UA) - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público - ACMP. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo - FAMEESP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. E-mail: nataniel@pge.sc.gov.br.

2 O autor é Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Direito Processual Civil. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. E-mail: rodrigo@pge.sc.gov.br.

3 O autor é Assistente Jurídico da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina - PGE/SC. Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar - UNP. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. E-mail: spessatto@pge.sc.gov.br.

Com o intuito de atender aos objetivos propostos, estruturou-se o presente trabalho da seguinte forma: antes do enfrentamento do tema central, a primeira parte está dedicada ao resumo do sistema tributário nacional; na segunda parte, trata-se das políticas de gestão ambiental, trazendo de forma didática os principais instrumentos de política públicas ambientais de que o poder público pode se valer, dentre eles os instrumentos de comando-controle, os instrumentos públicos de mercado e os instrumentos econômicos (fiscais); e por fim, na terceira parte, adentra-se no tema central do artigo, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) Ecológico, onde, sem a pretensão de esgotar o tema, busca-se sua definição e caracterização como importante instrumento de proteção do Meio Ambiente.

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 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

O Sistema Tributário, erigido da forma como hodiernamente se apresenta, decorre de um processo histórico que se faz mister conhecer, uma vez que é produto de transformações sociais e econômicas que reflexamente influenciaram na formação do Estado e, conseqüentemente, da sua necessidade de aquisição de receitas para fazer frente às suas finalidades públicas.

O Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX, resultado de mobilização da burguesia europeia insatisfeita com os privilégios da Monarquia Absolutista, e que teve como principais marcos históricos as Revoluções Puritana (1640) e Gloriosa (1688), possuía um modelo de tributação pautado unicamente na *“obtenção de meios materiais para as atividades típicas do Estado (Estado Polícia), jamais um instrumento de mudança social ou econômica”* (ALEXANDRE, 2019, p. 40).

O Liberalismo em seu modelo clássico acabou por fracassar, culminando na famosa Crise de 1929, caracterizada como sendo uma intensa recessão econômica que atingiu o mundo todo. Esse período ficou também conhecido como a Grande Depressão e durou até o término da Segunda Guerra Mundial (1945).

Tendo em vista os graves problemas econômicos e sociais até então enfrentados, a partir do Segundo Pós-Guerra surgiram novos ideais a fim de construir Estados mais fortes, que conseguissem assegurar o bem-estar de sua população. Assim, criou-se a definição do Estado de Bem-Estar Social, também conhecido como *Welfare State*.

Segundo Alexandre (2019, p. 40), a partir de então adentra-se *“no período moderno das finanças públicas, caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e social”*, saindo de cena o liberalismo clássico e entrando *“em cartaz o Estado do Bem-Estar Social (Welfare State)”*, de modo que *“precisando intervir, o Estado passa a perceber que dispunha de uma poderosa arma em suas mãos: o tributo”*.

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.

Destarte, a Tributação passou a ter um escopo mais abrangente do que a mera função arrecadatória ou fiscal, refletindo igualmente no domínio econômico e na ordem social, bem como na implementação de políticas públicas objetivando fomentar determinados setores e salvaguardar algumas minorias em situação de vulnerabilidade. Surge, neste momento, a finalidade extrafiscal dos tributos.

Consoante a doutrina de Machado (2001, p. 61), um tributo teria função “*extrafiscal, quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros*”.

Percebe-se, portanto, que o Sistema Tributário acabou por evoluir no mesmo sentido das mudanças socioeconômicas ocorridas no mundo, acompanhando as correntes político-filosóficas e o que a doutrina denomina de gerações dos direitos fundamentais, objetivando também tutelá-los.

Conquanto haja divergência doutrinária acerca da definição das gerações dos direitos fundamentais, pode-se dizer que os Direitos Cívicos e Políticos (1ª geração), surgidos durante o Estado Liberal, acabaram por criar um Sistema Tributário meramente arrecadatório ou fiscal.

Por sua vez, os Direitos Sociais e Econômicos (2ª geração), erigidos no contexto do Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), demandaram para a sua consecução que o Sistema Tributário aumentasse o seu âmbito de abrangência, a fim de dar concretude às “*diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade*” (MARMELSTEIN, 2008, p. 50).

No que concerne aos direitos fundamentais de 3ª geração, a exemplo da tutela ao meio ambiente, não seria diferente. Desse modo, o Sistema Tributário, com o escopo de dar efetividade à principiologia atinente à proteção dos interesses de natureza difusa, passou a igualmente utilizar da finalidade extrafiscal dos tributos.

Destaca-se que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Suprema Corte brasileira passou a adotar como prevalente a classificação pentapartida ou quinquipartida dos tributos. Assim, no Sistema Tributário brasileiro existiriam 05 (cinco) espécies tributárias, quais sejam: a) impostos; b) taxas; c) contribuições de melhoria; d) empréstimos compulsórios; e) contribuições especiais.⁵

Ensina Alexandre (2019, p. 51/52), que o “*Código Tributário Nacional – CTN, no seu art. 5º, dispõe que os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria, claramente adotando a teoria da tripartição das espécies tributárias*”, contudo, a “*Constituição Federal estatui outras regras atributivas de competência*”, estabelecendo que os empréstimos compulsórios (art. 148) e as contribuições especiais (art. 149) são de competência exclusiva da União, razão pela qual o “*Supremo Tribunal Federal tem adotado a teoria pentapartida*”.

Com relação à extrafiscalidade, Amaro (2001, p. 87) leciona que o tributo teria finalidade extrafiscal “*se, com a imposição, não se deseja arrecadar, mas estimular*

5 STF, RE 146.733-9/SP, Min. Moreira Alves, DJU-1 de 06/11/1992, p. 20.110, RTJ 143/684 e RJ/IOB 1/5654.

ou desestimular certos comportamentos, por razões econômicas, sociais, de saúde etc.”, sendo que a *“extrafiscalidade, em maior ou menor grau, pode estar presente nas várias figuras impositivas”*.

Dessa forma, todas as espécies tributárias poderiam carregar consigo, ainda que minimamente, uma função extrafiscal, a exemplo do que ocorre no Brasil com o Imposto de Importação (II), Imposto de Exportação (IE), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre operações financeiras (IOF), Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE).

Nesse contexto, os direitos fundamentais de 3ª geração, notadamente os relacionados ao meio ambiente, podem ser tutelados pelo Estado mediante a utilização de instrumentos de subvenção, em especial normatizando a extrafiscalidade de tributos que, em sua essência, não teriam essa precípua finalidade.

Resta indubitável, em outras palavras, que se revela possível implementar políticas públicas relativas ao meio ambiente, por intermédio da função extrafiscal inerente a todas as espécies tributárias, de modo a incentivar ou desestimular condutas que possam reflexamente interferir na sua preservação.

Vale ressaltar que a função extrafiscal não está apenas adstrita ao tributo em si mesmo considerado, quando, por exemplo, a sua alíquota é reduzida ou majorada a fim de regular o mercado e intervir na ordem econômica. Ao revés, tal finalidade pode ser externada em momento posterior à arrecadação, ou seja, quando da repartição das receitas tributárias, não incidindo diretamente na relação Estado x contribuinte, mas na distribuição de recursos que devem ser destinados às Unidades Federativas.

Leciona Horvath (2002, p. 62/63) que, com relação *“à competência para participação no produto da arrecadação dos tributos, esta está exaustivamente disciplinada pelos arts. 157 et seq. Do Texto Supremo”*, sendo exercida em momento *“posterior ao exercício da competência tributária da pessoa política que deverá partilhar o tributo”*, de modo que se *“trata de uma outra relação jurídica, diferente da relação jurídica tributária, que podemos chamar de relação jurídica financeira”*.

Destarte, na relação jurídica financeira existente entre as Unidades Federativas, não há qualquer obstáculo normativo para que, na repartição das receitas tributárias, um Ente Político seja mais favorecido por ter adotado políticas públicas objetivando tutelar o meio ambiente.

Não se trata, assim, da instituição de tributo com função extrafiscal, mas da adoção de extrafiscalidade na repartição de receitas tributárias, acarretando numa justa distribuição em benefício de entes que executem políticas públicas ambientais de maneira mais eficaz.

A legislação brasileira possui diversos textos normativos editados sob o manto dos postulados constitucionais acerca da proteção ao meio ambiente.⁶ Além disso,

6 Por exemplo, Lei federal n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente); Lei federal 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); Lei federal n. 12.305, de 2 de

possibilita que as espécies tributárias e a repartição de suas respectivas receitas, considerando a sua função extrafiscal, sejam instrumento de implementação de políticas públicas ambientais.

Faz-se mister, portanto, antes do enfrentamento do tema central, que se discorra acerca da definição e da importância das políticas públicas para a gestão da tutela do meio ambiente.

3 POLÍTICAS DE GESTÃO AMBIENTAL

A proteção efetiva ao meio ambiente não pode depender apenas da conscientização individual de cada pessoa, bem como de organismos não governamentais. Tais situações são sim importantes, mas além disso, se faz necessária a presença do poder público por meio de políticas de Gestão Ambiental concretas, com a utilização de instrumentos de controle e instrumentos econômicos como estratégias de regulação ambiental, de modo a alcançar a efetiva proteção do direito fundamental a um Meio Ambiente saudável e equilibrado, bem como permitir o desenvolvimento sustentável.

No Brasil, a Constituição Cidadã prevê em seu art. 225, que as pessoas têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, *“impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*,⁷ o que conduz a um comportamento coletivo ambientalmente mais sustentável.

A norma constitucional, portanto, assegurou expressamente um dever fundamental de defesa e proteção do Meio Ambiente, com a missão de assegurar não só às presentes gerações, mas também às futuras, viver com um nível de qualidade ambiental.

O direito fundamental correlato, previsto na mesma regra matriz, propugna um Meio Ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, que propicie uma qualidade de vida a todas as pessoas.

Segundo Silva (2007, p. 81), há dois objetos de tutela ambiental, um imediato, que é a qualidade do Meio Ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, sintetizados pela expressão *“qualidade de vida”*.

Por sua vez Pasold (2012, p. 76) aponta que *“o Meio Ambiente deve estar sempre ocupando posição central, nodal, essencial no disciplinamento de qualquer atividade individual ou coletiva”*.

O Meio Ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um Direito Fundamental, ao qual Ferrajoli (2011, p. 21) agrega as características de indisponibilidade, inalienabilidade, inviolabilidade, intransponibilidade, além de ser personalíssimo.

agosto de 2010 (Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos); Lei federal n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997 (Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos); Lei federal n. 7.802, de 11 de julho de 1989 (dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins); Lei federal n. 12.651, de 25 de maio de 2012 (novo código florestal brasileiro); e Lei federal n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico).

7 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.

Ainda neste norte, Martins Neto (2003, p. 98), destaca que “os direitos fundamentais cumprem um papel de estruturação do sistema político segundo uma lógica específica, a da restrição substantiva do poder, sobretudo em relação à sua função legislativa”.

Não é por outra razão que além de previsão no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, a proteção ao Meio Ambiente foi incluída como um dos princípios da ordem econômica brasileira (Art. 170, inciso VI, da CF).⁸

E para a efetiva proteção ao Meio Ambiente, sem deixar de lado o desenvolvimento em equilíbrio com a preservação dos recursos naturais, é preciso adotar ações estratégicas que reduzam e controlem os impactos causados pela ação do homem ao meio ambiente. E isso provém da adoção de políticas de Gestão Ambiental, através da qual o Poder Público intervém em um território com um conjunto de medidas e procedimentos definidos para o atingimento de objetivos previamente fixados.

Em relação às políticas públicas em sentido amplo, por se tratarem de intervenções do Estado (em conjunto ou não com a sociedade civil), devem, necessariamente, contemplar um determinado fim ou uma área específica da realidade cotidiana, no caso em análise a proteção ao Meio Ambiente (SALHEB *et al.*, 2009, p. 12).

Barbieri (2007, p. 71) define a política pública ambiental como sendo “o conjunto de objetivos, diretrizes e instrumentos de ação que o Poder Público dispõe para produzir efeitos desejáveis no meio ambiente”.

Por sua vez, Milaré (2014, p. 634) aponta que uma resposta adequada às agressões e aos danos provocados ao meio ambiente deve ser “sistêmica”, de forma que seja “articulada na sua organização e coesa nas suas ações e intervenções”. Para tanto, deduz-se “que a gestão e as políticas se adaptem às modernas teorias e práticas de um processo eficiente e dinâmico com objetividade e agilidade para responder aos desafios de uma determinada sociedade concreta” (MILARÉ, 2014, p. 634).

Na visão de Freitas (2012, p. 191) existem obstáculos a serem transpostos ao se tentar fazer com que as políticas públicas façam frente aos maiores desafios ambientais. Para tanto, leciona que é necessário:

[...] alinhar a governança com a sustentabilidade global, transformar a capacidade humana para aproveitar as novas oportunidades econômicas, garantir a segurança alimentar (para nove bilhões, em 2050), reconectar ciência e política, catalisar mudanças comportamentais em relação ao ambiente, mudar o paradigma do manejo, acelerar a implementação da energia renovável, integrar a biodiversidade nas agendas, lidar com as consequências das mudanças climáticas e minimizar os riscos de novas tecnologias.

A proteção efetiva do Meio Ambiente se mostra indissociável da dimensão jurídico-política da sustentabilidade, já que qualquer Política Pública Ambiental, exige “boa governança e respeito ao direito fundamental à boa administração, com

⁸ 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: [...].

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...].

todas as implicações em termos de transparência e de eficiência subordinada à eficácia” (FREITAS, 2012, p. 193).

Por seu turno, Barbieri (2007, p. 71) aponta que os Estados nacionais estão cada vez mais participando das questões ambientais, motivos pelo qual *“fizeram surgir uma variedade de instrumentos de políticas públicas ambientais de que o poder público pode se valer para evitar novos problemas ambientais, bem como para eliminar ou minimizar os existentes”*.

Ainda segundo esse autor, os mesmos podem ser classificados como *“instrumentos explícitos ou instrumentos implícitos”*. Os instrumentos implícitos alcançam os efeitos ambientais *“pela via indireta”*, como por exemplo a criação de uma lei que regulamenta o fluxo de trânsito em uma grande metrópole, que acabará indiretamente melhorando a qualidade do ar, reduzindo os ruídos com a conseqüente diminuição de recursos públicos gastos nesta área (BARBIERI, 2007, p. 71/72).

Já os instrumentos explícitos são aqueles criados *“para alcançar efeitos ambientais benéficos específicos”* (BARBIERI, 2007, p. 71).

No que se refere aos instrumentos explícitos estes podem ser classificados em três grandes grupos (BARBIERI, 2007, p. 73). O primeiro é o dos instrumentos de comando-controle, que estabelecem procedimentos, padrões e regras para atividades econômicas de modo a assegurar que os objetivos da política de Gestão Ambiental adotados sejam cumpridos (padrão de qualidade; padrão de emissão; padrão de desempenho; padrões tecnológicos; proibições e restrições sobre produção, comercialização e uso de produtos e processos; licenciamento ambiental). Decorrem do poder de polícia e prescrições de natureza administrativa, trazendo sanções de cunho penal e administrativo para o caso de descumprimento da norma jurídica (NUSDEO, 1975, p. 78).

O segundo são os instrumentos econômicos (fiscais), que atuam diretamente nos custos de produção e consumo das atividades que se encontrem dentro dos objetivos da política ambiental em questão (MOTTA, 2000, p. 88-89). Objetivam incentivar financeiramente o agente para a realização de uma conduta favorável ao meio ambiente, ou então desestimular uma conduta que se considere nociva. Como exemplos, citam-se a tributação sobre poluição, tributação sobre o uso de recursos naturais, incentivos fiscais para reduzir emissão/conservar recursos, remuneração pela conservação de serviços ambientais e financiamento em condições especiais.

E, por fim, os instrumentos públicos de mercado, como o apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico, a educação ambiental, a manutenção das unidades de conservação e também o acesso de informações ao público.

Dentre todos os instrumentos de política públicas ambientais que o Poder Público pode valer-se, os instrumentos econômicos são aqueles que possuem um caráter indutor do comportamento dos agentes econômicos privados e que são os desejados pela política de Gestão Ambiental adotada naquele momento.

Nesta senda, os instrumentos econômicos/fiscais direcionam e influenciam na formação da vontade do agente em prol da preservação do Meio Ambiente, por meio de custos ou benefícios associados às alternativas de ação. Dentre as principais modalidades que vêm sendo utilizadas, tem-se as ajudas financeiras, os sistemas de

consignação/depósitos (espécie de depósito prévio de agentes potencialmente poluidores), a criação de mercados (seguro obrigatório), as cargas, e os tributos ambientais.

Alguns exemplos destes instrumentos no Brasil são a cobrança pelo uso da água – prevista na Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), Lei no 9.433/1997 – e os assegurados na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei no 6.938/1981), tais como a concessão florestal, a servidão ambiental e o seguro ambiental.

No que se refere ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), além da possibilidade de seu manejo na natureza extrafiscal (norma direcionadora de conduta), há uma figura existente no sistema brasileiro que tem sido qualificada como tributo ambiental, mas dele não faz parte. Trata-se do ICMS Ecológico, tema central deste artigo, o qual é analisado no próximo capítulo, trazendo suas principais características e forma de utilização como instrumento de proteção do Meio Ambiente.

4 O ICMS ECOLÓGICO

O tributo ambiental, como visto, é um instrumento econômico utilizado pelo Direito Tributário na sua contribuição para evitar ou reparar uma degradação ambiental. O uso da tributação como mecanismo de intervenção ambiental tem por finalidade a preservação do meio ambiente e o alcance da sustentabilidade ambiental que, nos dias atuais, se estabelece como uma das maiores preocupações da sociedade contemporânea.

Não se olvide que a utilização de instrumentos tributários é capaz de gerar recursos que podem ser manejados em serviços públicos de natureza ambiental a serem prestados para a sociedade, ao mesmo tempo em que cria, nas pessoas que se colocam na qualidade de contribuintes, uma conscientização da necessidade de proteção do meio ambiente (COSTA, 2005, p. 312).

Já foi visto que a tributação traz como objetivo principal a arrecadação de receitas, mas que pode também funcionar como um estímulo ou mesmo desestímulo ao contribuinte para a realização de determinada atividade. Segundo Ribeiro (2015, p. 47), tem-se aí a extrafiscalidade ambiental, que pode ser positiva ao induzir o contribuinte a realizar determinado fato gerador (tributação mais baixa), ou então negativa, nos casos em que a incidência de uma maior tributação serve como desestímulo à prática da hipótese de incidência tributária (fato da vida real que a lei considera tributável).

No Brasil, somente se admite a cobrança de impostos que estejam devidamente instituídos em lei. Uma pesquisa na legislação pátria mostra que inexistente imposto que tenha como fato gerador a emissão de poluentes ou mesmo alguma degradação ambiental. Contudo, verifica-se que alguns Estados, com supedâneo em matriz constitucional, utilizam-se de programas que estabelecem critérios de distribuição da receita tributária proveniente da arrecadação do ICMS.

O art. 158, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)⁹ estabelece que 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) dos Estados pertence aos Municípios:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

[...].

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Por seu turno, o parágrafo único do art. 158 da CRFB prevê que, até 35% (trinta e cinco por cento) das parcelas de receita pertencentes aos Municípios e mencionadas no inciso IV, “*serão creditadas de acordo com o que dispuser lei estadual, [...]*”.

Os Estados, portanto, podem criar leis que estabeleçam critérios ambientais para distribuírem aos Municípios parte do ICMS que a estes é devido por força constitucional.

Trata-se do ICMS Ecológico, que embora seja assim nominado, não trata da fixação de alíquotas diferenciadas do imposto com suporte em critérios ecológicos, mas apenas regula a destinação/distribuição da receita advinda da cobrança deste tributo em prol de atividades que preservem o meio ambiente. Para Nusdeo (2006, p. 373), “*parece mais apropriado chamá-lo de receita ecológica do ICMS ou ICMS de destinação ecológica*”.

Pires (2001, s. p) bem pondera que:

Na verdade, não se trata de uma nova modalidade de tributo ou uma espécie de ICMS, parecendo mesmo que a denominação é imprópria a identificar o seu verdadeiro significado, de vez que não há qualquer vinculação do fato gerador do ICMS a atividades de cunho ambiental. Da mesma forma, como não poderia deixar de ser, não há vinculação específica da receita do tributo para financiar atividades ambientais.

Não obstante, a expressão já popularizada ICMS ECOLÓGICO está a indicar uma maior destinação de parcela do ICMS aos municípios em razão de sua adequação a níveis legalmente estabelecidos de preservação ambiental e de melhoria da qualidade de vida, observados os limites constitucionais de distribuição de receitas tributárias e os critérios técnicos definidos em lei.

No mesmo sentido, Robl (2017, p. 122) afirma que “*o ICMS Ecológico consiste na definição de critérios ambientais para o repasse dos recursos previstos no mencionado dispositivo constitucional*”.

Diante deste cenário jurídico, alguns Estados criaram critérios de destinação desta parcela de ICMS aos Municípios em que se encontrem grandes áreas protegidas, com uso restringido pela legislação. Assim, “*institui-se uma forma de compensação orça-*

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

mentária para incentivar atividades econômicas não degradantes nessas áreas, com evidentes benefícios para a sociedade como um todo” (TOMAZ, 2003, p. 85).

O que o ICMS Ecológico traz é um estímulo aos municípios que constroem ações positivas para a preservação do Meio Ambiente em seus territórios. Ademais, trata-se de uma sistemática que evita o aumento de carga fiscal já sobrecarregada que incide nas atividades econômicas, além de incentivar as administrações municipais a realmente adotarem posturas para a conservação das áreas protegidas, até ampliando-as.

O Estado do Paraná foi o primeiro a implementar este sistema de distribuição de receitas de ICMS com base em critérios de conservação e proteção ambiental predefinidos. Este instrumento de política de gestão ambiental surgiu *“com a intenção de compensar com recursos tributários os municípios que possuem unidades de conservação e ou mananciais que abasteçam cidades vizinhas”* e para tanto, valeu-se de *“critérios estabelecidos legalmente, estimulando o incremento da área protegida e a melhora na gestão do patrimônio natural no Paraná”*.¹⁰

Segundo Ronl (2017, p. 123):

Assim, dito Estado foi pioneiro ao regular uma contrapartida a tais Municípios, justamente para indenizá-los pelo fato de praticarem menos atividades de circulação de mercadorias em decorrência do impedimento legal da expansão do desenvolvimento econômico.

Além do Estado do Paraná, os Estados de São Paulo, Acre, Amapá, Minas Gerais, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Paraíba, Rondônia, Rio de Janeiro, Tocantins, Pernambuco, Ceará, Piauí e Pará, são alguns dos Estados-membros que adotam legislações que destinam parte de suas receitas conforme os critérios de incentivo econômico-ambiental aos Municípios (ROBL, 2017, p. 125-130).

Considerando-se que se trata de matéria afeta à competência legislante estadual, as regras para distribuição das receitas ecológicas do ICMS são variadas, respeitando as particularidades regionais de cada Estado dentre de suas demandas ambientais.

Apontam-se, entre os critérios ambientais para o repasse dos valores da receita do ICMS Ecológico, a manutenção de mananciais de abastecimento público de água, a existência de áreas rurais, ações de saneamento básico, como tratamento de esgoto e destinação final dos resíduos de lixo, entre outros (ROBL, 2017, p. 131).

O ICMS Ecológico surgiu para aperfeiçoar a construção de um modelo de gestão ambiental eficiente que possa atender as regiões brasileiras dentro de suas peculiaridades locais, de forma a incentivar a implantação, preservação e manutenção de áreas naturais.

Diante do cenário atual que degrada o meio ambiente, o ICMS Ecológico surge como um incentivo financeiro aos municípios que possuem grandes áreas de proteção ambiental, para que continuem a preservar e manter estas áreas que constituem

¹⁰ Instituto Água e Terra. **ICMS Ecológico por Biodiversidade**. Disponível em <https://www.ariat.pr.gov.br/Pagina/ICMS-Ecologico-por-Biodiversidade>. Acesso em: 20 jun. 2022.

pilares para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que leva a uma melhor qualidade de vida da população.

Objetiva, em *última ratio*, fornecer alguma espécie de remuneração ou mesmo compensação financeira para os Municípios onde exista, para o fim de conservação ou preservação de área, alguma restrição do uso do solo em parte de seu território.

O ICMS Ecológico é balizado pelo princípio do protetor-recebedor, que tem origem no princípio da precaução. Conforme Sousa, Nakajima e Oliveira (2011, p. 29), *“o princípio protetor-recebedor postula que o agente público ou privado que protege um bem natural em benefício da comunidade deve receber uma compensação financeira como incentivo pelo serviço de proteção ambiental prestado”*, diferenciando-se do princípio usuário-pagador, já que aqui *“o usuário de um determinado recurso da natureza deve pagar por sua utilização”*.

Este princípio surgiu como marco inovador no ordenamento jurídico ambiental, pois visa a economia ecológica e a democratização ambiental, buscando a interdependência entre a economia e a ecologia, como critério possibilitador de justiça ambiental.

Em arremate, Robl (2017, p. 131) pondera:

Assim, de fácil percepção que o ICMS ecológico incentiva a instituição de novas áreas de proteção ambiental, pois o aumento da área objeto de preservação gera aumento no repasse da parcela repassada ao ente público municipal em que ela estiver localizada.

Portanto, o ICMS Ecológico pressupõe uma compensação pela restrição que se impõe ao uso econômico de determinada área destinada à preservação. Ademais, trata-se de instrumento apto a despertar a consciência público-administrativa de Estados e Municípios para a importância de se buscar cada vez mais a manutenção dos espaços de conservação ambiental, bem como a sua ampliação. Também estabelece a necessidade de se construir um saneamento ambiental, e tudo isso leva a uma necessária congregação entre as gestões ambientais municipal e estadual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho científico buscou trazer algumas ponderações sobre o ICMS Ecológico, um instrumento econômico que pode ser utilizado na gestão de políticas ambientais. Trata-se de mecanismo apto a estimular ações conjuntas do setor privado e do Poder Público na preservação do meio ambiente equilibrado e economicamente sustentável, dando concretude ao princípio do protetor-recebedor.

Não há dúvidas que o estímulo à conscientização e participação da sociedade no processo de prevenção e restauração ambiental é capaz de dar suporte e manter a qualidade de vida do homem no planeta, bem como estabelecer um desenvolvimento que se sustente por muitas gerações.

A sustentabilidade é tema muito debatido nos últimos anos e necessita de especial atenção para a consecução de sua finalidade principal que é conciliar a qualidade de vida das pessoas com a preservação dos recursos provenientes do meio ambiente.

Não há dúvidas que a vida no planeta somente poderá ser mantida com a preservação cada vez maior dos recursos naturais, principalmente os não renováveis.

A adoção do ICMS Ecológico pode ser mais uma alternativa a contribuir para o alcance do objetivo de prevenir e manter os recursos naturais para a população futura, de forma que sua adoção em uma política de Gestão Ambiental deve ser ponderada pelo administrador público.

Somente a partir da conscientização de que uma política de Gestão Ambiental deve valer-se do uso combinado do maior número de instrumentos existentes para o equilíbrio ecológico-econômico é que ter-se-á uma melhoria na qualidade ambiental.

Para finalizar, observa-se que o ICMS Ecológico se traduz no papel instrumental do tributo em favor da proteção do meio ambiente, sendo mecanismo ambiental que tem respaldo na Constituição Federal (art. 158, IV e parágrafo único) e reforça seu compromisso com a preservação e conservação de um meio ambiente saudável.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. 2.ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. *In*: TORRES, Heleno Taveira (org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zabeti Junior et Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

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

HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

INSTITUTO ÁGUA E TERRA. **Icms Ecológico por Biodiversidade**. Disponível em <https://www.iat.pr.gov.br/Pagina/ICMS-Ecologico-por-Biodiversidade>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**. Conceito. Função e Tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MOTTA, Ronaldo Serôa. Instrumentos econômicos e política ambiental. **Revista de Direito ambiental**, n. 20, out./dez. 2000.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. O Uso de Instrumentos Econômicos nas Normas de Proteção Ambiental. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 101, p. 357-378. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rf-dusp/article/view/67710/70318>. Acesso em: 17 jun. 2022.
- NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento e ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 5. ed. rev. atual. Florianópolis: OAB/SC, 2001.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Acesso gratuito em: *ebook* <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.
- PIRES, Ederson. **ICMS Ecológico. Aspectos pontuais. Legislação comparada. Jus Navegandi**, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2328>. Acesso em: 17 jun. 2022.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. A extrafiscalidade ambiental do ICMS. In: DE CARLI, Ana Alice; COSTA, Leonardo de Andrade; RIBEIRO, Ricardo Lodi (org.). **Tributação e sustentabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.
- ROBL, Ronan Saulo. **Impostos Estaduais como Instrumento Auxiliar para o Alcance da Sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SALHEB, Gleidson; PERES NETO, Heitor de Azevedo Picanço; OLIVEIRA, Ivanci Magno de; AMARAL JÚNIOR, Milton Ferreira do; BOETTGER, Rafael José Cherfen de Souza; MONTEIRO, Vitória Cherfen de Souza. Políticas Públicas e Meio Ambiente: Reflexões Preliminares. **Planeta Amazônia**, n. 1, p. 5-27, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/57/v1n1Gleidson.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.
- SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Direito-Ambiental-Constitucional-Afonso-Silva/dp/8574208191> Acesso em: 15 jun. 2022.
- SOUSA, Roberto Mediato Cunha de; NAKAJIMA, Nelson Yoshihiro; OLIVEIRA, Edilson Batista de. ICMS Ecológico: Instrumento de Gestão Ambiental. **Revista Perspectiva**, v. 35, n. 129, p. 27-43, 2011. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/129_152.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

TOMAZ, Gislane de Arruda e Silva. Imposto - Instrumento de Política Pública de Gestão Ambiental - Custos e Benefícios para a Sociedade. **Caderno de Publicações UNIVAG**, n. 1, p. 79-92, 2003. Disponível em: <https://periodicos.univag.com.br/index.php/caderno/article/view/261>. Acesso em: 16 jun. 2022.

DO COMPROMISSO DO ESTADO COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Ronan Saulo Robl¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar estudo sintético (e sem a pretensão de esgotar o tema) a respeito da inter-relação entre o Estado, a Sociedade e o Meio Ambiente. Para tanto, analisa-se, *prima facie*, a necessária interdependência entre o Estado e a Sociedade, enaltecendo que aquele é o instrumento desta última, bem como que o Interesse Coletivo é dinâmico, modificando-se conforme determinada fração de espaço e tempo. Na sequência, analisam-se as dimensões dos Direitos Fundamentais, através de recorte histórico da sua evolução, e demonstra-se que a proteção ao Meio Ambiente também consta hodiernamente no referido catálogo, justificando as suas razões. O artigo é finalizado com as considerações finais, as quais sintetizam o objeto abordado ao longo dos capítulos anteriores. 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, conceito operacional, pesquisa bibliográfica e fichamento.

Palavras-chave: Estado; Sociedade; Interesse Coletivo; Direitos Fundamentais; Meio Ambiente.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo institucional do presente artigo é encaminhá-lo para publicação na *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina*, seguindo as regras do edital PGE/CEST 001/2022 de chamada para submissão de artigos.

O objetivo científico do presente artigo, por sua vez, é analisar – sem a pretensão de esgotar o assunto – e sempre pautado pela humildade científica de que trata o saudoso Pasold,² a inter-relação entre a Sociedade, o Estado e o Meio Ambiente, e a categorização deste último como Direito Fundamental.

Em outras palavras, a pesquisa pretende responder às seguintes indagações: há uma interdependência entre o Estado e a Sociedade? É o Estado um instrumento para o alcance do Interesse Coletivo da Sociedade? Dito Interesse Coletivo é modificável conforme fração de espaço e tempo?

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Procurador-Chefe da Procuradoria Regional de Mafra. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. 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. Pós-Graduado em Direito Constitucional e em Direito Tributário pelo Centro Universitário União das Américas – UniAmérica. Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: ronan@pge.sc.gov.br.

² “Humildade científica é a capacidade de reconhecer nossas limitações de conhecimento e atentar para a dinamicidade da vida e do universo, buscando sempre a ampliação de nosso aprendizado. Sob uma perspectiva bem prática, Humildade Científica é a atitude (tendência interna) de reconhecimento de que nunca se sabe tudo sobre algo, seguida de ação (comportamento efetivo) que busca, pela aprendizagem, a superação de nossas áreas de ignorância, com a leitura de Livros, Jornais e Revistas e com o diálogo com outras pessoas” (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: EMis, 2018, p. 24, em negrito no original).

Ainda, indaga-se o porquê de o Meio Ambiente integrar o catálogo dos Direitos Fundamentais, bem como a razão pela qual o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado constitui hodierno Interesse Coletivo da Sociedade.

Para tanto, inicia-se o estudo trazendo algumas considerações a respeito da correlação entre Estado e Sociedade, demonstrando que o Interesse Coletivo ou Bem Comum desta última é dinâmico, e deve o Estado buscar sempre o seu alcance.

Após, analisa-se a evolução dos Direitos Fundamentais, verificando em qual dimensão insere-se a proteção ao Meio Ambiente.

Na sequência, aprofundam-se as razões pelas quais o Meio Ambiente constitui Interesse Coletivo da Sociedade, para demonstrar, ao final, que o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado deve ser um dos fins do Estado nos dias de hoje.

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,³ na fase de investigação e de tratamento dos dados foi empregado o método indutivo, utilizando-se da técnica do referente, do conceito operacional (expostos ao longo do presente trabalho, por questões didáticas), do fichamento, bem como da pesquisa bibliográfica.

2 DO COMPROMISSO DO ESTADO⁴ COM O INTERESSE COLETIVO⁵ DA SOCIEDADE⁶

Cediço que os Estados são regidos por Constituições editadas conforme os padrões culturais e históricos de determinada Sociedade. É dizer: é a Sociedade quem molda o Estado, a sua Constituição e as leis que lhe regem.

Além de consolidar os pensamentos predominantes de uma Sociedade em determinado período histórico e contexto social, as Constituições – notadamente as posteriores ao advento do Estado Social de Direito – também possuem a finalidade de traçar metas a serem perseguidas pela Sociedade que lhes deve obediência.

Na visão de Canotilho, várias instâncias de temporalidade devem ser convocadas para uma teoria da Constituição temporalmente adequada:

Em primeiro lugar, qualquer constituição é o “presente do passado”, pois não deixa de ser “memória na história” mesmo quando propõe rupturas (revolucionárias ou

3 *Ibid.*, p. 89 e ss.

4 Para fins do presente estudo utilizar-se-á como conceito operacional da categoria Estado o conceito jurídico que, segundo BOBBIO, é tido como conceito por excelência, elaborado por legislistas e universalmente aceito pelos escritores de direito público, a saber: “[...] o Estado tem sido definido através de três elementos constitutivos: o povo, o território e a soberania”. (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira – 24. Ed. – Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 122).

5 Para a categoria Interesse Coletivo utilizamo-nos do conceito empregado por MELO para a categoria “Bem Comum”, o qual é constituído “dos fatores propiciados pelo Estado com vistas ao ‘bem-estar’ coletivo formando o patrimônio social e configurando o objetivo máximo da nação” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Direito Político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978 e **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000. *apud* PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. [Dados eletrônicos]. 4. Ed. Itajaí/SC: UNIVALI, 2013. p. 26).

6 Adota-se como conceito operacional da categoria Sociedade, para fins do presente, “o conjunto de pessoas que vivem em certa faixa de tempo e de espaço, seguindo normas comuns, e que são unidas pelo sentimento de consciência do grupo” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1873).

não) com o passado. Em segundo lugar, é o “presente do presente”, pois ela dedica sempre uma indispensável *atentio* à conformação da ordem jurídica atual. Pretende ser – nalguns casos, como veremos, de forma utópico-programática –, o “presente do futuro” ao proclamar tarefas e fins para o futuro, mas, sobretudo, ao antecipar, expectativas de se converter em lei para as gerações futuras.⁷

No mesmo diapasão é o escólio de Castro e Mezzaroba,⁸ para quem uma Constituição redefine um Estado e cria parâmetros teórico-práticos para sua transformação. Salientam os autores, nesta linha, que a Constituição jamais define um Estado em seu ser (procedimento típico das constituições liberais que meramente declaram a forma mínima do Estado), mas em seu poder-ser (procedimento típico das constituições dirigentes), de forma que o Estado definido em uma Constituição é uma meta ou fim, e não uma mera análise do contexto social que lhe deu origem.

Porém, advertem os referidos autores que, como a Constituição é um princípio e um fim, ela deve ser compreendida e efetivada em seu espírito, isto é, em suas funções sociais. A ideologia de uma Constituição é o elemento que confere objetivos concretos a um determinado Estado, definindo a sua atuação diante da história.⁹

De crucial importância lembrar, por outro lado, que o Estado é uma criatura da Sociedade e, como tal, deve haver um compromisso deste para com a sua criadora, sob pena de perda da substância e da razão de ser do ato criativo.¹⁰

Assim, cabe ao Estado à consecução do Bem Comum/Interesse Coletivo, o qual, porém, pode variar conforme determinado transcurso de tempo e espaço, por força do dinamismo das relações sociais e da conseqüente alteração dos significados dos princípios e valores que as regem.

Até porque, como assevera Grau,¹¹ a Constituição, como ordem jurídica fundamental de uma Sociedade em um determinado momento histórico, é um dinamismo, sempre contemporânea à realidade.

Logo, evidente que a evolução da Sociedade gera a modificação do texto constitucional ou até mesmo a nova interpretação de seu conteúdo, através da mutação constitucional (*Verfassungskonforme Auslegung*). Prova disto é que num passado não muito distante era legítimo se falar em escravidão, tratando pessoas como bens. Tal prática atualmente é manifestamente execrável e combatida no atual estágio em que se vive, até porque, como já esclarecia a filosofia de Kant, o ser humano não pode ser instrumentalizado, vale dizer, utilizado como um meio para a consecução de fins egoísticos ou nada edificantes de terceiros.¹²

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Introdução – A historicidade como “topos” categorial da teoria da constituição e do constitucionalismo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 26 (os grifos são do original).

8 CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZAROBA, Orides. **História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015. p. 136.

9 *Op. e loc. cit.*s.

10 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. [Dados eletrônicos]. 4. Ed. Itajaí/SC: UNIVALI, 2013. p. 23.

11 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2015. p. 166.

12 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 70-1.

Além do aspecto temporal, há também o aspecto espacial como hábil a modificar os valores de determinada Sociedade, vez que as diferenças culturais de várias comunidades oscilam conforme o local em que elas estão instaladas, ainda que na mesma fração de tempo. *Verbi gratia*, os países que adotam a religião muçulmana concedem menos direitos às mulheres, o que é repudiado com veemência nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais.

Nesta linha, como bem salienta Guariglia, existem duas visões distintas de direitos humanos atualmente: uma genuinamente universalista, que é própria das democracias liberais e está incorporada em suas instituições e no modo de viver de seus cidadãos; e outra particularista, que decorre de uma tradição religiosa ou metafísica, com um modo de governo e com formas e hábitos de vida não igualitários.¹³

Assim, tem-se que o Interesse Coletivo ou Bem Comum pode variar conforme o transcurso do tempo ou local em que instalada a Sociedade, de forma que as Constituições duram enquanto são capazes de reproduzir as condições gerais exteriores da lógica da formação societária para a qual foram concebidas.¹⁴

Desta maneira, parece ser correto dizer que as leis que regem determinada Sociedade, ainda que produzidas por uma pequena parcela da população que ocupa o poder em determinado período de tempo, devem ser produzidas visando ao interesse geral da Sociedade, e jamais com o desiderato de beneficiar interesses pessoais.

Até porque, como já dizia Aristóteles,¹⁵ “[...] são os homens, e não as leis, que detêm a autoridade soberana”.

Visto que as palavras constituição e governo significam a mesma coisa, visto que o governo é autoridade suprema nos Estados e que forçosamente esta autoridade suprema deve repousar nas mãos de um só, ou de vários, ou de uma multidão, segue-se que desde que um só, ou vários, ou a multidão, usem da autoridade com vistas ao interesse geral, a constituição é pura e sã forçosamente; ao contrário, se se governa com vistas ao interesse particular, isto é, ao interesse de um só, ou de vários, ou da multidão, a constituição é viciada e corrompida; porque de duas coisas uma: é preciso declarar que os cidadãos não participam do interesse geral, ou dele participam.¹⁶

Na mesma toada o escólio de Pasold,¹⁷ para quem o Estado possui uma condição instrumental, pois este nasce da Sociedade e deve existir para atender às demandas que, permanentemente ou conjunturalmente, esta última deseja que sejam atendidas, sem se falar na utilização do Estado para concretizar demandas que tenham o desiderato de satisfazer aos interesses pessoais de quem o administra.

Logo, evidente que, além de refletir ideologias e aspectos culturais que retratam os valores da Sociedade em determinada fração de tempo e espaço, o Estado e a Constituição que o rege devem, ao disciplinar as condutas da referida Sociedade,

13 GUARIGLIA, Osvaldo. *En camino de una justicia global*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 128.

14 CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZARROBA, Orides. *Op. Cit.*, p. 20.

15 ARISTÓTELES. *Política* [livro eletrônico]. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2020. Título original: *Politikón*, p. 176.

16 *Ibid.*, p. 80.

17 PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. [Dados eletrônicos]. 4. Ed. Itajai/SC: UNIVALI, 2013. p. 24.

buscar a proteção e o alcance das finalidades que correspondam ao Interesse Coletivo desta última, para assim estabelecer uma ordem jurídica justa em determinado contexto histórico.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE¹⁸

Atualmente, poucas questões suscitam ampla inquietude como a que se refere às relações do homem com o ambiente em que se faz imerso, que condiciona a sua existência e que, se malculidado, pode acarretar a sua destruição.

Aristóteles¹⁹ há muito já advertia que a cidade se integra na natureza, pois foi esta quem formou as primeiras Sociedades. Ademais, a natureza sempre foi o fim dessas Sociedades e, por outro lado, a natureza é, também, o verdadeiro fim de todas as coisas.

Entretanto, a proteção do Meio Ambiente e o discernimento de sua indispensabilidade para a vida humana só ganhou corpo na segunda metade do século XX, quando o Meio Ambiente deixou de ser um objeto para uso do homem, adquirindo o *status* de um bem coletivo, difuso e indispensável à dignidade da pessoa humana, e que por tal razão deve ser preservado para as presentes e futuras gerações.

Pois, como exposto no capítulo anterior, em decorrência da evolução da sociedade ao longo do tempo – e até por força da atuação opressora do próprio Estado em relação aos seus súditos – o catálogo de Direitos Fundamentais por ela resguardado também passou por modificação e ampliação de seu conteúdo.

Conforme aponta Martins Neto a respeito da historicidade dos Direitos Fundamentais:

[...] embora variáveis historicamente por força das concepções locais e temporais predominantes, os direitos fundamentais integram em cada ordenamento jurídico positivo um conjunto mais ou menos extenso de prerrogativas subjetivas comumente pensadas como “pressupostos jurídicos elementares da existência digna de um ser humano”.²⁰

Assim, os Direitos Fundamentais sempre estiveram associados com a legitimação de direitos oponíveis em face do próprio Estado. Na mesma toada a lição de Ferrajoli:

Na tradição do constitucionalismo democrático, as necessidades e os interesses vitais das pessoas estipulados como merecedores de tutela têm sido expressados quase sempre sob a forma de direitos fundamentais: da vida à integridade pessoal, da liberdade à sobrevivência, da instrução à saúde, todos os valores essenciais e vitais, desde sempre proclamados nas cartas constitucionais como o fundamento e razão de ser do

18 Diante da complexidade epistemológica e multidisciplinar da definição da categoria “Meio Ambiente”, adota-se aqui o conceito operacional legal previsto no art. 3º, I da Lei n.º 6.983/81, qual seja “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. BRASIL. Lei n. 6.983, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Senado Federal, 1981. Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em: 09 jun. 2022.

19 ARISTÓTELES. *Op. Cit.*, p. 09.

20 MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais*. Conceito, Função e Tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 88, (em aspas no original).

edifício jurídico, foram inicialmente reivindicados, e posteriormente reconhecidos e tutelados, através da atribuição aos indivíduos de expectativas, ou de pretensões ou faculdades, concebidas sempre como direitos subjetivos.²¹

O tema dos Direitos Fundamentais é vasto, inclusive com inúmeras discussões terminológicas e conceituais a seu respeito. Porém, como a finalidade deste estudo não se relaciona a tais pontos, far-se-á uma breve abordagem histórica a respeito de sua evolução, com sua análise específica em relação ao Meio Ambiente.

De plano, importante anotar que, para fins do presente estudo se adota o conceito operacional da categoria Direitos Fundamentais formulado por Martins Neto, a saber:

[...] os direitos fundamentais são direitos subjetivos, assim constituindo prerrogativas coercíveis de aproveitamento de bens atribuídos segundo normas jurídicas positivas, mas com a particularidade de serem geralmente pensados como pressupostos jurídicos de uma existência digna, e, como tais, identificáveis objetivamente na medida de sua proteção por meio de uma cláusula constitucional de rigidez absoluta, por isso que variáveis no tempo e no espaço e, por tendência, universais, igualitários e inalienáveis.²²

Na mesma linha é o escólio de Fonteles, para quem

[...] os direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos usualmente relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado (e, às vezes, aos próprios particulares), salvaguardando o indivíduo, a coletividade ou a humanidade.²³

Esclarecidas tais premissas, parte-se para a evolução histórica das dimensões dos Direitos Fundamentais, advertindo que se prefere a nomenclatura “dimensões” em detrimento do vocábulo “gerações”, vez que aquela denota com mais clareza que os Direitos Fundamentais acabam se sobrepondo, sem que o surgimento de novos direitos subjetivos elencados como fundamentais acarrete a extinção dos já existentes – impressão que pode se extrair caso utilizado o segundo termo acima mencionado.

Pois bem. Num primeiro momento, quando vigia o Estado Absolutista de *Hobbes* – de soberania indivisível e ilimitada – sequer havia de se cogitar na existência de Direitos Fundamentais como oponíveis à atividade legislativa. Somente com o advento do Estado Liberal é que os direitos de liberdade e propriedade passaram a ser oponíveis ao Estado, vez que o seu reconhecimento constituía um dos três pilares do Estado de Direito, quais sejam, a primazia da lei, a separação dos poderes e o reconhecimento dos direitos fundamentais.²⁴

21 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de: Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zabeti Junior et Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 49.

22 MARTINS NETO, João dos Passos. *Op. Cit.*, p. 96.

23 FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 26.

24 CERVANTES, Aleida Hernández. **La producción jurídica de la globalización económica**. Ciudad de Mexico: CIIH/UNAM, 2014. p. 66.

Nasce, assim, após as conquistas alcançadas pelo pensamento liberal-burguês do século XVIII – de caráter individualista e que visava proteger o indivíduo frente às ingerências estatais – a primeira dimensão dos Direitos Fundamentais, associada à liberdade, resistência e oposição perante os excessos do Estado.

Como bem salienta Pasold:

Lembro que o grande avanço do Estado Moderno foi o de estabelecer um ordenamento constitucional, no qual os Direitos Individuais estavam devidamente especificados e consagrados como “anteparos” aos abusos do Estado anterior, no qual reinava o absolutismo e predominava a vontade e os apetites do soberano, personificado no Rei ou no Imperador, em detrimento dos legítimos anseios e necessidades do Povo.²⁵

Assim, a primeira dimensão dos Direitos Fundamentais está intimamente ligada aos direitos individuais, consagrando a vida, a liberdade e a propriedade como barreiras legislativas ao Estado, sendo dever deste respeitar os cidadãos neste particular.

Entretanto, graves problemas sociais relacionados à economia e à industrialização, aliados à constatação de que a liberdade e a igualdade formal não mais correspondiam à ordem justa da época, deram azo a movimentos de reivindicação por uma postura ativa do Estado na promoção de direitos que assegurassem os pressupostos básicos de bem-estar social.

Ditos movimentos iniciaram-se na segunda metade do Século XIX. Porém, somente no Século XX, com o advento das grandes guerras mundiais, é que tais direitos passaram a integrar as Constituições dos Estados, dando origem, assim, à segunda dimensão dos Direitos Fundamentais, os chamados direitos sociais, culturais e econômicos.

Vale dizer: a crise do pós-guerra havia deixado tanta devastação que já não mais era opcional, mas sim imprescindível e urgente a intervenção do Estado para resolver não só os problemas econômicos, mas também os de integração social.²⁶

A partir de tal momento não mais corresponde ao Interesse Coletivo ou Bem Comum da Sociedade a mera declaração formal de direitos de liberdade da população. Ao revés, exige-se do Estado uma atuação positiva, como agente concretizador dos direitos coletivos, no afã de amparar os necessitados e promover a igualdade material dos cidadãos, de sorte que a atuação positiva do Estado passa a ser então uma forma de este garantir oportunidades iguais a seus cidadãos nos âmbitos social, cultural e econômico.²⁷

Os Direitos Fundamentais de terceira dimensão, de seu turno, surgiram na segunda metade do século XX e são associados à fraternidade e à solidariedade, transcendendo direitos de um grupo ou de determinado Estado para o gênero humano em

25 PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. [Dados eletrônicos]. 4. Ed. Itajaí/SC: UNIVALI, 2013. p. 32 (em aspas no original).

26 CERVANTES, Aleida Hernández. *Op. Cit.*, p. 68.

27 CRUZ, Paulo Marcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. 3 ed. rev. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2003. p. 153.

geral. É a geração dos direitos difusos, que encampam uma concepção de titularidade universal, comunitária e transpessoal.

Segundo a lição de Pérez Luño:

As três gerações de Estado de Direito correspondem, portanto, às três gerações de direitos fundamentais. O Estado liberal, que representa a primeira geração ou fase de Estado de Direito, é o marco em que se afirmam os direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, as liberdades de signo individual. O Estado social, que evidencia a segunda geração do Estado de Direito, será o âmbito jurídico-político em que se postulam os direitos econômicos, sociais e culturais. O Estado constitucional, enquanto Estado de Direito de terceira geração, delimitará normativamente o meio espacial e temporal de paulatino reconhecimento dos direitos de terceira geração.²⁸

Para Bobbio, os direitos de terceira dimensão constituem uma categoria ainda excessivamente heterogênea e vaga, e destes o mais importante é o reivindicado pelos movimentos ecológicos, qual seja, o direito de viver num ambiente não poluído.²⁹

Pois bem. A pauta de defesa ambiental teve uma rápida evolução na segunda metade do século XX, a partir de uma série de convenções e acordos internacionais – principiando pela Conferência de Estocolmo de 1972 – que evidenciaram a necessidade do reconhecimento da proteção ambiental como um Direito Fundamental do ser humano, buscando a preservação do planeta para a sobrevivência da presente e das futuras gerações.

Como assevera Pérez Luño,³⁰ atualmente há uma união indissociável entre natureza e Sociedade, vez que a segunda depende inexoravelmente da primeira e, ao formarem atualmente uma unidade inseparável, deve a preservação daquela orientar a ordem econômica de produção, a organização social e os conhecimentos técnicos e científicos, não sendo mais crível afastar a preservação ambiental do dia a dia, pensando individual ou coletivamente.

Vale dizer: hodiernamente a preservação ao Meio Ambiente não é apenas uma obrigação constante no “catálogo” de liberdades do Estado, mas protagonista no campo de atuação estatal, por sua importância e necessidade à manutenção da vida humana, para as presentes e futuras gerações.

Na verdade, o Meio Ambiente passa a ser um paradigma para a reinterpretação de postulados básicos do Estado Constitucional. Pérez Luño assim esclarece:

No centro dos denominados “direitos de terceira geração”, que constituem o catálogo de liberdades próprio do Estado constitucional, assumiu um protagonismo inquestionável o direito a qualidade de vida e a proteção ambiental. O significado constitucional deste fenômeno ultrapassa os limites estritos de um novo direito fundamental, para representar um paradigma de reinterpretação de todo o sistema de direitos e liberdades do Estado constitucional.³¹

28 PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Editora, 2012. p. 10.

29 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 06.

30 PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. *Op. Cit.*, p. 42-3.

31 *Ibid.*, p. 11.

Este é o entendimento que se encontra também na jurisprudência brasileira, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. [...] 4. O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual [...].³²

Nesta senda, a preservação ambiental não é uma garantia meramente simbólica presente na Constituição. *A contrario sensu*, a sua menção como objetivo da Sociedade exige um exercício de hermenêutica que venha a contemplá-lo como passível de execução.

Neste particular, evidente que o Meio Ambiente, como Direito Fundamental de terceira dimensão, deve ser amplamente protegido pelos Estados, até porque somente com um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado é que se torna possível a existência digna da pessoa humana e a consecução dos demais Direitos Fundamentais dos cidadãos.

O direito fundamental ao ambiente é um direito fundamental como um todo, o que significa dizer que ele realiza-se como um direito a algo, como um direito de defesa, como uma igualdade e como um direito a um procedimento. Todas as expressões de um direito fundamental podem ser manifestações do direito fundamental ao ambiente.³³

Por outro lado, não se pode olvidar que, como já realçado, a evolução do pensamento da Sociedade reflete na ampliação e modificação do conteúdo dos Direitos Fundamentais – sem exterminar os já existentes, tanto que muito se fala em Direitos Fundamentais de quarta e até mesmo de quinta dimensão, associados à democracia, à informação, às inovações tecnológicas e até mesmo à paz universal.³⁴ Porém, os mesmos refogem ao escopo deste trabalho, e por tal motivo não serão aqui objeto de *examine*.

De todo modo, é através da funcionalização do Estado de Direito para a garantia dos diferentes tipos de Direitos Fundamentais que aquele acaba por se configurar como instrumento para fins que não são seus.³⁵

Deve haver, por parte desta criatura da Sociedade, um compromisso com a sua criadora, sob pena de perda de substância e de razão de ser do ato criativo.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 654833**. Recorrente: Orlei Messias Cameli e outro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator(a): Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 20.04.2020. DJe-157. Data da Publicação: 24.06.2020.

33 BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente**: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 79-80.

34 *Op. Cit.*, p. 46-7.

35 FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 113.

Tal compromisso configura-se, de forma concreta, na dedicação do Estado à consecução do Bem Comum ou Interesse Coletivo.³⁶

Até mesmo porque, quando se fala do Meio Ambiente, a questão toma uma dimensão universal e, por isso, exige-se atualmente não mais um direito conservador e retrospectivo, comprometido ainda com valores privatistas típicos da Sociedade patrimonialista, mas sim um direito prospectivo e transformador, compromissado com as gerações futuras e preocupado com a melhoria da qualidade dos meios naturais e de vida.³⁷

E, nesta linha, a proteção ambiental se projeta como um dos valores constitucionais mais importantes a serem incorporados como tarefa ou objetivo do Estado de Direito, porquanto diz respeito diretamente à concretização de uma existência humana digna e saudável e marca paradigmaticamente a nova ordem de direitos transindividuais que caracterizam as relações jurídicas, cada vez mais massificadas no mundo contemporâneo.³⁸

O direito fundamental ao ambiente, na esteira da sua característica de transindividualidade, o que se dá em razão da globalidade da degradação e poluição ambiental, revelando muitas vezes as limitações dos próprios Estados nacionais lidarem com mais clareza porque os direitos de terceira dimensão, especialmente o direito ao ambiente, são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, já que acarretam em implicações de escala global e universal.³⁹

Assim, a proteção ao Meio Ambiente, elencada ao catálogo de Direitos Fundamentais a partir da metade do século XX, corresponde ao Interesse Coletivo da Sociedade atualmente e, por tal razão, deve ser resguardada e fomentada pelos Estados, os quais devem total obediência ao Bem Comum daquela.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe ao Estado a consecução do Bem Comum ou Interesse Coletivo, o qual pode variar conforme determinado transcurso de tempo e espaço, por força do dinamismo das relações sociais e da consequente alteração dos significados dos princípios e valores que regem a Sociedade.

Além de refletir ideologias e aspectos culturais que retratam os valores da Sociedade em determinada fração de tempo e espaço, o Estado e a Constituição que o rege devem, ao disciplinar as condutas da referida Sociedade, buscar a proteção e o alcance das finalidades que correspondam ao Interesse Coletivo desta última, para assim estabelecer uma ordem jurídica justa em determinado contexto histórico.

36 PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. [Dados eletrônicos]. 4. Ed. Itajaí/SC: UNIVALI, 2013. p. 25.

37 SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **de. 20 Anos de Sustentabilidade: Reflexões sobre Avanços e Desafios**. *Revista da Unifebe (Online)*, 11, p. 239-252; 250, dez. 2012. ISSN 2177-742X.

38 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. 96.

39 *Ibid.*, p. 150.

A evolução do pensamento da Sociedade reflete diretamente na evolução dos Direitos Fundamentais, os quais foram ampliados de suas esferas individuais de liberdade e propriedade, para compreender direitos de abrangência coletiva e difusa, passando a compreender o Meio Ambiente a partir da segunda metade do Século XX.

Como o texto constitucional não é estático, ele deve sempre ser interpretado e aplicado conforme as exigências atuais da Sociedade, buscando a consecução dos princípios informadores e desejados por esta última, incluindo, por evidente, a proteção ao Meio Ambiente – Direito Fundamental de terceira dimensão – indispensável ao desenvolvimento da Sociedade.

Verifica-se, assim, a garantia dos cidadãos de viverem em um ambiente sustentável, fundado nos preceitos constitucionais e que objetivam a dignidade da pessoa humana, como corolário da evolução do pensamento da Sociedade.

Assim, o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado deve ser um dos hodiernos fins dos Estados, vez que a sua preservação, por ser indispensável à dignidade da pessoa humana, constitui Interesse Coletivo da Sociedade, diante da sua imprescindibilidade para o exercício dos demais direitos fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política** [livro eletrônico]. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2020. Título original: Politikón.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente**: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.983, de 31 de agosto de 1981**. Brasília, DF: Senado Federal, 1981. Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em: 12 jan.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 654833**. Recorrente: Orlei Messias Cameli e outro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator(a): Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 20.04.2020. DJe-157, Data da Publicação: 24 jun. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Introdução – A historicidade como “topos” categorial da teoria da constituição e do constitucionalismo. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZAROBBA, Orides. **História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015.

CERVANTES, Aleida Hernández. **La producción jurídica de la globalización económica**. Ciudad de Mexico: CIICH/UNAM, 2014.

CRUZ, Paulo Marcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2003.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de: Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zabeti Junior et Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUARIGLIA, Osvaldo. **En camino de una justicia global**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

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

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. [Dados eletrônicos]. 4. ed. Itajaí/SC: UNIVALI, 2013.

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

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Editora, 2012.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. 20 Anos de Sustentabilidade: Reflexões sobre avanços e desafios. **Revista da Unifebe (On-line)**, 11. p. 239-252, dez. 2012. ISSN 2177-742X.

A LEGITIMIDADE PROCESSUAL AMPLA E RESTRITA NA “NOVA” LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

avanço ou retrocesso?

José Henrique Mouta Araújo¹
Weber Luiz de Oliveira¹

RESUMO

O presente artigo objetiva demonstrar, em uma perspectiva constitucional, processual e dogmática, a inadequação da alteração da Lei de Improbidade Administrativa em dotar de legitimidade exclusiva para sua propositura o Ministério Público, excluindo das próprias Pessoas Jurídicas de Direito Público, por apresentação de suas Advocacias Públicas, a legitimidade processual ampla e a pretensão, exercida pelo direito de ação e pela inafastabilidade do controle jurisdicional. Demonstra-se que a legitimidade dos Entes Públicos apenas para o cumprimento da sentença trata-se de uma legitimidade processual restrita, que não está amparada nas competências constitucionais federativas, no direito administrativo sancionador e na relação entre os planos do direito material e processual.

Palavras-chave: improbidade administrativa; legitimidade processual; advocacia pública; competências constitucionais federativas.

1 INTRODUÇÃO

No presente texto, pretende-se enfrentar aspecto ligado à legitimidade *ampla* na Ação de Improbidade Administrativa e as modificações que foram implementadas no final de 2021.

Com efeito, a Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, ao alterar dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) (Lei n. 8.429/92-LIA), afastou a legitimidade ampla da “pessoa jurídica interessada”, especificamente no que respeita à possibilidade de propositura da Ação. A propósito, não se trata de nova Lei de Improbidade, mas sim de profundas alterações ocorridas no final de 2021 na LIA.

Pela novel legislação, foi dado ao Ministério Público a exclusividade da legitimidade processual para a propositura da ação, cabendo ao Ente Público apenas a atuação na fase de cumprimento de sentença. Falta, portanto, aos Entes Federativos legitimidade plena para postular em juízo a responsabilidade decorrente da prática de Atos de Improbidade.

O ponto de partida para os aspectos que serão aqui tratados é o enfrentamento do complexo artigo 17 da LIA. Nele, há previsão de legitimidade ativa exclusiva ao Ministério Público e tramitação pelo procedimento comum do CPC/15, ressalvados

¹ Pós-doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), doutor e mestre (Universidade Federal do Pará), Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), procurador do estado do Pará e advogado. www.henriquemouta.com.br.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (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.

aspectos contidos na própria lei especial, como a prevenção para as demais ações com o mesmo objeto litigioso (artigo 17, §5º), os requisitos obrigatórios da peça de ingresso (artigo 17, §6º) e o prazo para a defesa comum em 30 dias (artigo 17, §7º).

Será analisado neste texto se a alteração legal ligada à atuação no polo ativo tem sustentação constitucional, processual e dogmática, na medida em que a legitimação para o processo, em caso de os atos e danos causados às Pessoas Jurídicas de Direito Público estabelecidos na Lei de Improbidade Administrativa, pressupõe o atendimento das competências constitucionais e processuais dos Entes Federativos, da Advocacia Pública e do próprio Ministério Público.³

2 A PRETENSÃO ESTATAL E A RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As alterações advindas da Lei de 2021 redimensionaram o sistema de responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa, conforme consta no art. 1º, determinando a exclusividade da propositura da ação ao Ministério Público, nos termos do art. 17, *caput*. Da “Justificativa” do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 10.887/2018⁴ é oportuno colacionar:

Após o seu jubileu de prata, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA carecia de revisão para sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais.

[...]

O trabalho da Comissão foi guiado pelo desejo de avançar no aperfeiçoamento de uma legislação contributiva para a probidade pública, para a moralidade e para a honestidade da administração – jungida pela racionalidade – e somando esforços na construção de uma sociedade melhor.

O mesmo art. 1º dispõe que tal sistema de responsabilização objetiva tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções. Ora, é cediço que vige em âmbito administrativo o princípio da autotutela, reconhecido como aquele em que a Administração Pública pode rever e refazer seus próprios atos, seja por ilegalidade ou conveniência e oportunidade.

Nesse contexto, se à Administração Pública é dado o dever-poder de tutelar o agir administrativo de seus servidores, é consequência lógica que tal controle, quando não possível a própria autotutela, deve se dar em âmbito jurisdicional.

No ordenamento jurídico brasileiro é impeditivo – salvo raras exceções – a autotutela, a “justiça de mão-própria” ou “justiça pelas próprias mãos”, de modo que se tem por obrigatório que a pessoa lesada busque solução da controvérsia por meio dos

³ Em outro texto, um dos autores tratou da relação entre as modificações ocorridas na LIA e o diálogo com o CPC. No tema: ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Alterações na Lei de Improbidade e o CPC/15: necessário diálogo entre as fontes.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-09/mouta-alteracoes-lia-cpc15-dialogo-entre-fontes>. Acesso em: 31 maio 2022.

⁴ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29. Acesso em: 23 maio 2022.

instrumentos legalmente estabelecidos, seja extrajudicial ou judicialmente, com o que se concretiza, nesta última hipótese, o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

É sabido que em tema de responsabilidade civil – que é o objetivo da LIA, qual seja, responsabilizar para impor sanção (consequente) em face de ato ímprobo (anterior) -, vige o postulado do *neminem laedere* (a ninguém se pode lesar) e que, se assim for, nasce a pretensão reparatória/ressarcitória/sancionatória. Assim, o que as novas disposições da LIA realizam é afastar a autodefesa estatal para manejo da tutela específica por tal instrumento processual.

Em outras palavras, se afastou a legitimidade ordinária para impor apenas a legitimidade extraordinária (CPC, art. 18). Ora, o direito é *próprio* das pessoas lesadas.

Dispõe o § 14 do art. 17: “Sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo”.

As indagações são pertinentes:

O ente público que sofreu a lesão pelo ato ímprobo é apenas um terceiro interessado?

Ou é a própria parte lesada?

Teria legitimidade ordinária ampla (propositura da ação e atos de cumprimento de sentença)?

Da “Justificativa” do PL n. 10.887/2018 constou a explicação pela qual foi retirada a legitimidade processual do ente público lesado e dado com exclusividade ao Ministério Público:

Ainda quanto às questões processuais, entendeu-se por bem manter a legitimidade exclusiva do Ministério Público para a propositura das ações de improbidade administrativa.

Isso se deu por consideração à natureza do provimento requerido no seio de ações desta natureza. Não é razoável manter-se questões de estado ao alvedrio das alterações políticas e nem tratar questões de ato de improbidade como se administrativas fossem. Há um viés político-institucional que deve ser observado, o que torna salutar e necessária a legitimação exclusiva.

Obviamente, as ações de ressarcimento são de titularidade do ente público lesado, e mesmo com a titularidade exclusiva para a ação de improbidade do Ministério Público, os entes não perdem a legitimidade para as ressarcitórias.

É um tanto quanto paradoxal a *mens legislatoris*.

Ao mesmo tempo em que afirma que se tratam de “questões de estado” e que as ações de ressarcimento são de titularidade do ente público lesado afasta, por outro lado - para impor uma exclusividade a instituição estranha aos quadros administrativos de onde se originou o dano -, a pretensão estatal de responsabilizar o agente público que agiu com atos caracterizados de improbidade administrativa.

E não é só. A norma, de um lado, afasta a legitimidade da pessoa jurídica prejudicada (art. 17) e, de outro, permite que o ente público liquide os danos e promova o cumprimento de sentença no prazo de seis meses a contar do trânsito em julga-

do da sentença de procedência, sob pena desta atuação ser do Ministério Público (art. 18, §§1º e 2º).

Ou seja: não há legitimidade ativa plena, incluindo a propositura da ação de improbidade, mas há a parcial, vinculada aos atos de cumprimento de sentença que são de responsabilidade da pessoa jurídica prejudicada/lesada pela conduta.

Esta restrição não parece correta.

Destarte, são antigos os ensinamentos doutrinários a respeito do direito de ação e da pretensão processual. Por todos é oportuno colacionar, pela completude de seu pensamento, o quanto Pontes de Miranda detalhou sobre o tema, particularmente sobre a pretensão processual e o respectivo direito de ação processual.

Afirma Pontes de Miranda que a exigibilidade, nascendo do não atendimento à pretensão de quem possui o direito subjetivo,⁶ decorrente de anterior direito material, pode se dar pela ação de direito material (desjudicializadamente) ou, na maioria das vezes, pela “ação” de direito processual, essa oriunda, agrega-se, da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

O seguinte trecho traz clareza sobre o tema:

Ação (em direito material) e “ação” (em direito processual). A ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exercer-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica.

[...]

“Ação” judicial e “ação administrativa”. À ação corresponde ou a “ação” (judicial), ou a “ação” administrativa (qualquer que seja o nome que lhe dê), trate-se de tribunal administrativo, ou de simples administração, e a “ação” em juízo arbitral em outro corpo não-estatal, ou paraestatal, ou qualquer, ou a “ação” própria, em justiça de autotutela. Se qualquer desses caminhos lhe é fechado, ou se lhe obstrui, nem por isso deixa de existir a ação; porque tais cortes são no direito processual, ou no direito público, provavelmente constitucionais. O corte total ou parcial da ação tem de ocorrer no direito material. A ação não é a constelação dessas “ações”; mas o sol do sistema.⁷

No caso em exame, a pretensão e a ação de direito material não podem ser exercidas pelo Estado (*lato sensu*) em razão de ser vedada a autotutela, de modo que, existindo a pretensão de responsabilização, decorrente de anterior direito material

5 “A ação ocorre na vida da pretensão, ou do direito mesmo, (a) quando a pretensão exercida não é satisfeita e o titular age (reminiscência do ato de realização ativa dos direitos e pretensões), ou (b) quando, tratando-se de pretensão que vem satisfeitas pelos atos positivos ou negativos, ocorre interrupção dessa conduta duradoura” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Editora Bookseller, 1998, tomo 1, p. 128).

6 Lapidar J. J. Calmon de Passos: “O direito subjetivo nem é só interesse protegido, nem é só o poder de vontade conferido pela norma, nem igualmente a norma de direito vista do ângulo do sujeito. É ele é uma realidade-síntese, na qual a vontade é a sua essência, o interesse o seu fim e a norma a sua fonte, seu limite e sua garantia” (CALMON DE PASSOS, J. J. **A ação no direito processual brasileiro**. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 112) (Coleção “Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos)

7 MIRANDA, Pontes de. *Op. Cit.*, p. 124-126.

consubstanciado na determinação constitucional e legal de conduta proba dos agentes estatais, a ação processual é a única via que possibilita ao lesado buscar e fazer cumprir as consequências que o direito material disciplina.

Em tal cenário, parafraseando Pontes de Miranda, se não há corte no direito material, pelo contrário, a responsabilização dos agentes públicos tem superior assento constitucional (CF, art. 37, *caput*, e §§ 5º e 6º), não pode uma alteração legislativa excluir a pretensão estatal, daí revelando não apenas o entendimento equivocado da nova LIA, mas também a ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ademais, a restrição está ligada à propositura da ação, não alcançando os atos de cumprimento, o que parece ainda mais equivocado, tendo em vista consagrar uma *legitimidade limitada* ou *parcial* (apenas para os atos de satisfação do conteúdo decisório).

Portanto, o que a Lei n. 14.230/2021 realiza, neste particular enfoque, é ofender o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao excluir da apreciação do Poder Judiciário a pretensão da União, Estados e Municípios de verem seus agentes ímprobos serem responsabilizados e sancionados por se enriquecerem ilicitamente (LIA, art. 9º), por causarem prejuízo ao erário (LIA, art. 10) e/ou por atentarem contra os princípios da Administração Pública (LIA, art. 11).

3 LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. CONDIÇÃO DA AÇÃO OU REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DA DEMANDA QUE SE CONCRETIZA EM RAZÃO DO DIREITO MATERIAL

Não é objeto deste texto categorizar as condições da ação e a legitimidade para causa e adentrar no interminável debate acerca de suas naturezas jurídicas.⁸ O objetivo aqui é mais singelo, qual seja, demonstrar que a legitimidade para a causa pressupõe a existência antecedente de um direito material relacionado e incluso na esfera jurídica do autor da Ação de Improbidade Administrativa e, em decorrência desta interligação ou conexão, comprovar que a exclusividade para sua propositura apenas pelo Ministério Público não encontra respaldo na Constituição Federal, nem tampouco na dogmática processual.

O Código de Processo Civil elegeu duas condições da ação ou pressupostos de admissibilidade, quais sejam, o interesse e a legitimidade (art. 17), deixando de fora do texto legal a possibilidade jurídica do pedido.

Mas, enfim, como se comprova ter legitimidade para a causa?

Parece-nos que a resposta está no direito material, ou seja, se para ter legitimidade processual é necessário alegar os fatos e fundamentos jurídicos do pedido que devem ser relacionados à esfera jurídica do autor (CPC, art. 319, III), delimitando o objeto do processo⁹ e o direito material que é aplicável a este autor, é de consequên-

8 A respeito, DIDIER Jr., Fredie, **Pressupostos processuais e condições da ação**, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

9 "O objeto do processo e da tutela jurisdicional não é um ato ou fato, mas um direito, que precisa ser identificado mediante seus atos constitutivos. Essa identificação depende das especificidades do direito material. Aquele que pede a tutela jurisdicional o faz porque, em razão de determinados fatos da vida, supostamente amparados por regras substanciais, pretende o reconhecimento de um direito" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.).

cia lógica e decorrente da inafastabilidade da jurisdição, em que não se excluirá lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário, que a legitimidade processual é garantida ao autor que tem o seu direito ameaçado ou lesionado.

Vislumbra-se, aqui, a teoria circular dos planos, em que “entre o *processo e direito material* ocorre uma *relação circular*, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”.¹⁰ Trata-se, também, de se tutelar o direito consonante com uma técnica processual, porquanto “o processo não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto”,¹¹ ou seja, “o processo amolda-se não só ao direito material, mas sobretudo ao tipo de conflitos que objetiva solucionar, de acordo com procedimentos próprios”.¹²

Este diálogo entre os planos do direito material e processual pode ser visto claramente na leitura do art. 486, §1º, do CPC que, ao consagrar que o pronunciamento judicial que não resolve o mérito não impede repropositura da ação, mas deixa claro que, no caso do art. 485, VI, do CPC (ausência de legitimidade ou interesse processual) há a necessidade de correção do vício que levou à sentença sem resolução meritória.

Dito de outra forma: apenas outra parte poderá propor a demanda – aquela que foi considerada ilegítima não possui relação material com o objeto litigioso.

Logo, a análise da legitimidade (ordinária especialmente) provoca ao intérprete a necessidade de circular entre os planos da relação material e processual.

Concretizando estas razões abstratas para a presente análise, a legitimidade para a causa dos entes federativos decorre da lesão da probidade administrativa na esfera jurídica das próprias Pessoas Jurídicas de Direito Público (âmbito do direito material). Se há lesão a direito dever haver, consecutivamente, os meios e instrumentos que o devido processo legal exige para a resolução da controvérsia e responsabilização do lesionador, como é a Ação de Improbidade Administrativa como técnica processual e procedimento especial.

O procedimento da LIA alterado (art. 14, § 3º) preceitua que se atendidos os requisitos da representação realizada por qualquer pessoa a “autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, observada a legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente”, com a determinação de ciência ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas para apuração de ato de improbidade.

Vale dizer, limitou a lei, em ofensa às competências federativas (CF, art. 23, I¹³) a atuação da Administração Pública, além das questões já mencionadas ligadas ao

Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 26. Em outra passagem o autor sintetiza: “Assim, o perfeito entendimento sobre as relações entre o direito material e relação processual constitui fator imprescindível para a demarcação do objeto litigioso do processo. Em síntese: identifica-se e individualiza-se uma ação com dados da relação substancial” (*Ibid.*, p. 30).

10 ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 191.

11 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 419.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade:** fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016. p. 37-38.

13 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.”

cumprimento de sentença, somente à seara administrativa, fazendo do processo administrativo ato probatório de eventual ação de improbidade que não poderá ser utilizado pela própria pessoa jurídica que instaurou e instruiu tal processo.

É a “pessoa jurídica interessada”, nesta *matéria político-civil-administrativa* mero Cartório de instrução de atos preparatórios do Ministério Público para ajuizamento de Ações de Improbidade Administrativa?

A resposta evidencia ser negativa.

Ademais, se verifica clara contradição a retirada de legitimidade processual dos entes públicos e, ao mesmo tempo, a determinação de se proceder ao “cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens” (LIA, art. 18, § 1º). O cumprimento de sentença, num sincretismo processual, é a continuidade do processo de conhecimento, de modo que detém legitimidade para impor a execução do título executivo judicial àquele que foi parte na sua formação, qual seja, o exequente.

Se União, Estados e Municípios não foram partes da relação processual como poderão ser exequentes ou partes no título executivo judicial? A falta de legitimidade para o processo de conhecimento não retira a legitimidade para o procedimento executivo?

Trata-se de uma “legitimação extraordinária” decorrente de uma “legitimação ordinária”?

O que se pretende explicar é que, muito embora seja possível se titularizar um crédito judicial sem a participação no processo de conhecimento, como na transmissão de crédito *causa mortis* ou por negócio *inter vivos*,¹⁴ isto não tem o condão de afastar, *antecedentemente*, a própria legitimidade processual para o processo formador do título executivo.

Note-se que o título executivo deve estar consubstanciado em uma obrigação certa, líquida e exigível. A certeza advém do pronunciamento judicial transitado em julgado; a liquidez de eventual valor condenatório de ressarcimento do patrimônio público, à perda ou reversão de bens; a exigibilidade decorre de inexistir condicionantes ou impedimentos para a cobrança executiva por aquele que é o credor da obrigação.

Neste sentido, é exigível a obrigação por quem tem a titularidade do crédito, o que comprova outro paradoxo nas alterações legislativas na LIA, em que se retira, de forma prévia, a legitimidade processual do titular do direito para o processo de conhecimento e a inclui para o processo executivo.

É adequada, nada obstante, a assunção pelo Ministério Público para liquidar e dar cumprimento, conforme o § 2º do art. 18. Mas, perceba-se, aqui se tem uma legitimidade realmente extraordinária (CPC, art. 18), em que a lei autoriza se pleitear direito alheio em nome próprio. Adequada, igualmente, a busca de responsabilização se verificada a omissão do ente público em dar cumprimento ao título executivo judicial que declarou os atos de improbidade administrativa.

¹⁴ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 5. ed. em e-book baseada na 21. ed. Imprensa. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2020. p. RB 3.6.

4 NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

É necessário esclarecer que a crítica à nova Lei de Improbidade Administrativa em relação à exclusividade da legitimação processual pelo Ministério Público promover a ação nada tem contra esta relevante função essencial à justiça. A Lei de Improbidade Administrativa tem maior aplicabilidade pela atuação profícua de seus membros pelo Brasil afora, reprimindo e coibindo condutas de administradores públicos que atuam à margem da legalidade e moralidade administrativas, além de implementar e aprimorar boas práticas de controle.¹⁵

Desta atuação proeminente, contudo, não resulta na exclusão da legitimidade processual das pessoas jurídicas de direito público lesadas. São duas importantes manifestações que não se excluem; pelo contrário, se complementam e podem cooperar para a qualidade da prestação jurisdicional ligada aos valores contidos na LIA.

As competências constitucionais do Ministério Público, denominadas no art. 129 da Constituição Federal como “funções institucionais”, demonstram que a promoção *privativa* de ações se refere tão-somente à *ação penal pública*.

Daí que, a “nova” LIA alarga a atuação privativa também para uma ação civil-administrativa, em ambiente em que pode discutir direito de terceiros (pessoa jurídica prejudicada). Se nem mesmo, pelo texto constitucional (art. 129, § 1º) se pode afastar a legitimidade de *terceiros*, com muito mais razão constitucional não se pode afastar a legitimidade da *pessoa jurídica de direito público diretamente lesionada por atos de improbidade administrativa*.

Nada obstante a nova Lei dar uma interpretação textual forçada de que a Ação de Improbidade Administrativa não é civil (art. 17-D, *caput*),¹⁶ o estudo da Constituição Federal revela a incorreção de tal posição legislativa.

Com efeito, o § 4º do art. 37, da Constituição Federal, dispõe: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A repressão de condutas administrativas ilegais não se dá apenas em caráter penal, por óbvio, apesar de o direito administrativo, neste recorte, ser igualmente repressivo e, assim, divisar “fronteiras muito tênues com o Direito Penal, no bojo daquilo que convencionou denominar Direito Punitivo ou Direito Sancionador”.¹⁷ Há, contemporaneamente, sólido entendimento acerca do direito administrativo sancionador, de natureza civil ou administrativa, de que faz parte a ação de improbidade administrativa.

15 A propósito: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **As boas práticas do Ministério Público para fomento e aprimoramento da governança, dos controles internos e da transparência nos municípios** / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2021/LIVRO-FOMENTO.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

16 Uma interpretação que também pode ser dada à esta disposição é de que a LIA não tem a mesma natureza da ação civil pública, daí ser vedado o seu ajuizamento com o mesmo objeto da ACP.

17 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador** (livro eletrônico). 4. ed., em e-book baseada na 8. ed. Imprensa. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2021, p. XVI.

Nesse sentido:

Há, ainda, normas de Direito Administrativo que contemplam condutas proibidas e sanções, cuja aplicação, não obstante, depende dos juízes e tribunais, não sendo viável ou lícito à Administração Pública, direta ou indireta, ou a qualquer outra entidade regulada por Direito Público, aplicá-las. São sanções geralmente mais graves, bastante próximas, não raro, do Direito Penal, porém inegavelmente de Direito Administrativo, editadas pelo Estado como forma de tutelar específicos interesses públicos e sociais.

[...]

Diga-se que o Direito Administrativo Sancionador pode incidir, portanto, em campos distintos, v.g., ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde pública, urbanismo, ordem pública, e qualquer campo que comporte uma atuação fiscalizadora e repressiva do Estado. É muito mais amplo do que o Direito Penal, dado que inclusive atua como instrumento repressivo de múltiplos órgãos e entidades, diferentemente do que ocorre com o Direito Criminal. É natural que a diversidade dos regimes jurídicos induza a uma ideia de falta de unidade dogmática, decorrente da fragmentação dos direitos em jogo. São áreas muito distintas, cobertas por normativas variadas e multiplicadas pelo pacto federativo, a ensejar variação enorme dos direitos dos acusados.¹⁸

Da atenta leitura do art. 37, § 4º da Constituição Federal se constata que já houve uma categorização da Ação de Improbidade Administrativa como uma ação civil/administrativa, porquanto, na parte final, faz ressalva que além da ação civil de improbidade administrativa, os atos ímprobos igualmente poderão ser objeto da “ação penal cabível”.

Portanto, muito embora o art. 17-D da Lei de Improbidade Administrativa descreva que a Ação de Improbidade Administrativa “não constitui ação civil”, não há sustentação constitucional e teórica para tal posição legislativa. A LIA é repressiva e sancionatória – como mesmo consta agora em suas novas disposições -, inserida no âmbito do direito administrativo sancionador, tem natureza civil/administrativa e não se inclui no direito penal, apesar de interagir com tal ramo do direito. Fabio Medina Osório é novamente oportuno:

Por essa razão, o Legislador disse, mais ainda, que ação de improbidade tem caráter repressivo/punitivo, sem que ostente natureza penal. Não importa qual foi a vontade da Comissão de Juristas, mas sim a vontade materializada pelo Legislador de modo objetivo.

Quer-se dizer, assim, que às ações de improbidade se aplicam os princípios penais, por simetria, também incidentes no regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Deve-se reconhecer, de modo definitivo, que cabe ao Direito Administrativo a tipificação das infrações e sanções previstas e contempladas nas Leis de Improbidade Administrativa e Empresarial. E, sendo assim, trata-se de normas de Direito

¹⁸ *Ibid.*, p. XVI.

Administrativo Sancionador, mesmo que venham a ser aplicadas diretamente pelo Judiciário.¹⁹

Diante dessas razões, a titularidade de aplicação de sanções administrativas, “mesmo que venham a ser aplicadas diretamente pelo Judiciário”, é da pessoa jurídica de direito público que teve seu direito violado por atos ímprobos.

Não se trata somente de ações de ressarcimento, como constou na Justificativa do Projeto de Lei,²⁰ mas também de repressão e sanção a agentes que se enriqueceram ilícitamente, causaram prejuízo ao erário ou atentaram contra os princípios da administração pública. E, se assim se afirma, o direito de ação e a defesa de tais entes devem ser realizados pela Advocacia Pública, que detém a competência constitucional de representação judicial da União, Estados e Municípios.

Corroborando tal posição, ademais, o preceito do art. 129, IX, parte final, da Constituição Federal, ao dispor que ao Ministério Público é “vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”, que é justamente o que ocorre quando se dá, *exclusivamente*, a legitimidade processual ao Ministério Público de buscar responsabilizar e aplicar sanções (administrativas) às pessoas e agentes que causaram lesão às referidas entidades públicas pela realização de atos de improbidade administrativa.

5 LIMINARES CONCEDIDAS NAS ADIs 7.042 E 7.043 – FUNDAMENTOS PARA A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DA LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE

A questão aqui debatida não fica restrita aos níveis teóricos e acadêmicos.

A Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape) e Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (Anafe) apresentaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade no STF (ADIs 7.042 e 7.043) visando discutir dispositivos da LIA advindos das alterações ocorridas em 2021, dentre os quais os ligados à legitimidade para a propositura.

As Autoras questionam, nas Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade propostas no Pretório Excelso, exatamente esta exclusividade advinda das mudanças ocorridas na Lei de Improbidade, que retiraram a legitimidade plena aos Entes Públicos Federal, Estaduais e Municipais.

O Exmo. Min. Alexandre de Moraes assim se pronunciou:

A supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa caracteriza uma espécie de monopólio absoluto do combate à corrupção ao Ministério Público, não autorizado, entre-

¹⁹ *Ibid.*, p. RB-2.2.

²⁰ “Obviamente, as ações de ressarcimento são de titularidade do ente público lesado, e mesmo com a titularidade exclusiva para a ação de improbidade do Ministério Público, os entes não perdem a legitimidade para as ressarcitórias”. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29. Acesso em: 23 maio 2022.

tanto, pela Constituição Federal, e sem qualquer sistema de freios e contrapesos como estabelecido na hipótese das ações penais públicas (art. 5º, LIX, da CF).

E, em conclusão, deferiu parcialmente a cautelar, *ad referendum* do Plenário do STF, para:

(A) CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao *caput* e §§ 6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, no sentido da EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA;

(B) SUSPENDER OS EFEITOS do § 20, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043);

(C) SUSPENDER OS EFEITOS do artigo 3º da Lei nº 14.230/2021.

Como se pode observar, foi concedida interpretação conforme a Constituição Federal para reconhecer a legitimidade ativa concorrente entre o Parquet e os entes públicos para a propositura da Ação. A legitimidade reconhecida, portanto, é a plena e não a parcial.

Evidentemente que ainda não há, no momento em que este texto está sendo escrito, resolução definitiva das Ações abstratas ora mencionadas. Contudo, consoante as razões aqui apresentadas, aliadas à tutela provisória concedida para suspender a legitimidade exclusiva do *Parquet* para a propositura das ações de improbidade, é mister ratificar os fundamentos aqui tratados que, em última análise, demonstram que a legitimidade dos Entes Públicos é medida que se impõe, inclusive em decorrência do claro diálogo entre os campos do *direito material e direito processual*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, é possível concluir que:

– Pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, foi dado ao Ministério Público a exclusividade da legitimidade processual para a propositura da ação, cabendo ao Ente Público apenas a atuação na fase de cumprimento de sentença.

– As alterações advindas da Lei de 2021 redimensionaram o sistema de responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa, conforme consta no art. 1º, determinando a exclusividade da propositura da ação ao Ministério Público, nos termos do art. 17, *caput*.

– No ordenamento jurídico brasileiro é impeditivo – salvo raras exceções – a autotutela, a “justiça de mão-própria” ou “justiça pelas próprias mãos”, de modo que se tem por obrigatório que a pessoa lesada busque solução da controvérsia por meio dos instrumentos legalmente estabelecidos, seja extrajudicial ou judicialmente, com o que se concretiza, nesta última hipótese, o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

– A norma, de um lado, afasta a legitimidade da pessoa jurídica prejudicada (art. 17) e, de outro, permite que o ente público liquide os danos e promova o cumprimento de sentença no prazo de seis meses a contar do trânsito em julgado da sentença de procedência, sob pena de esta atuação ser do Ministério Público (art. 18, §§1º e 2º).

– Destarte, restrição está ligada à propositura da ação, não alcançando os atos de cumprimento, o que parece ainda mais equivocados, tendo em vista consagrar uma legitimidade limitada ou parcial (apenas para os atos de satisfação do conteúdo decisório).

– O diálogo entre os planos do direito material e processual pode ser visto claramente na leitura do art. 486, §1º, do CPC que, ao consagrar que o pronunciamento judicial que não resolve o mérito não impede repropositura da ação, mas deixa claro que, no caso do art. 485, VI, do CPC (ausência de legitimidade ou interesse processual), há a necessidade de correção do vício que legou à sentença sem resolução meritória.

– Limitou a lei, em ofensa às competências federativas (CF, art. 23, I) a atuação da Administração Pública, além das questões já mencionadas ligadas ao cumprimento de sentença, somente à seara administrativa, fazendo do processo administrativo ato probatório de eventual ação de improbidade que não poderá ser utilizado pela própria pessoa jurídica que instaurou e instruiu tal processo.

– Muito embora o art. 17-D da Lei de Improbidade Administrativa descreva que a Ação de Improbidade Administrativa “não constitui ação civil”, não há sustentação constitucional e teórica para tal posição legislativa.

– A LIA é repressiva e sancionatória – como mesmo consta agora em suas novas disposições -, inserida no âmbito do direito administrativo sancionador, tem natureza civil/administrativa e não se inclui no direito penal, apesar de interagir com tal ramo do direito.

– A medida liminar concedida nas ADIs 7.042 e 7.043/STF efetuaram interpretação conforme a Constituição Federal para reconhecer a legitimidade ativa concorrente entre o Parquet e os entes públicos para a propositura da Ação. A legitimidade reconhecida, portanto, é a plena e não a parcial.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Alterações na Lei de Improbidade e o CPC/15: necessário diálogo entre as fontes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-09/mouta-alteracoes-lia-cpc15-dialogo-entre-fontes>. Acesso em: 31 maio 2022.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 5. ed. em e-book baseada na 21. ed. Imprensa. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2020.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: (questões polêmicas)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. As boas práticas do Ministério Público para fomento e aprimoramento da governança, dos controles internos e da transparência nos municípios / Conselho Nacional do Ministério Público. - Brasília: CNMP, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2021/LIVRO-FOMENTO.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

CALMON DE PASSOS, J. J. **A ação no direito processual brasileiro**. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). Salvador: Editora Juspodivm, 2014. (Coleção “Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos”)

DIDIER Jr., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Editora Bookseller, 1998. Tomo 1.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador** [livro eletrônico]. 4. ed. em e-book baseada na 8. ed. Impressa. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2021.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

Segunda seção
Peça Histórica

ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. TEMA 745 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MODULAÇÃO DE EFEITOS E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS ENTRE OS PODERES

A Peça Jurídica aprovada para publicação nesta edição trata-se de relevante contribuição da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina sobre um debate constitucional de grande repercussão no Federalismo brasileiro e na interação institucional-democrática entre os Poderes de Estado.

O Recurso Extraordinário n. 714.139 foi afetado como Tema de Repercussão Geral n. 745, com o desiderato de se assentar tese a respeito do alcance do art. 155, § 2º, III, da Constituição federal, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, particularmente sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações.

A presente manifestação prévia à peça jurídica tem o singelo objetivo de expor o contexto fático do julgamento, como personagens e testemunhas deste recurso que vinculou a jurisdição e deu certa legitimidade constitucional para, posteriormente, o Poder Legislativo “revogar” e ampliar o acórdão da modulação do Supremo Tribunal Federal (STF).

Com efeito, no cenário da pandemia do Coronavírus o STF alargou, pelas Emenda Regimental n. 53/2.020 e Resolução n. 669/2.020, a possibilidade de julgamento de ações e recursos pelo plenário virtual, incluindo também o julgamento de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral.

Já se defendeu, em outro texto, a inconstitucionalidade de tal forma virtual de julgamento:

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 constitucio-

nal de tais padrões decisórios exige, também, uma forma qualificada de deliberação por parte dos órgãos jurisdicionais”.

Se atualmente vem se entendendo que Precedente Vinculante é norma (ou texto normativo), 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, a 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.

Ora, se, como se diz, a jurisprudência tem função nomofilática, 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.¹

Abstraindo tais ilações, o fato é que a Suprema Corte brasileira tem utilizado, em profusão, o julgamento de ações e recursos por meio do plenário virtual, como ocorreu com o julgamento do RE 714.139.

De modo que, inicialmente, é importante destacar que a definição do Tema 745 de Repercussão Geral se deu em tal contexto procedimental do plenário virtual.

A designação da data do início do julgamento se deu pelo Ministro Marco Aurélio em 16 de dezembro de 2020, às vésperas do recesso judiciário do final do ano, sob o seguinte fundamento, que se tornou reiterado pelo ministro em diversas outras ações e recursos no período pandêmico:

1. A crise é aguda. Sem qualquer previsão de o Tribunal voltar às sessões presenciais, há de viabilizar-se, em ambiente colegiado, a jurisdição.

1 OLIVEIRA, W. L.; VARELA, F. W. . Sessões virtuais de julgamentos e a formação de precedentes vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina*, v. 1, p. 371-384, 2021.

2. Aciono, em caráter excepcional, o sistema virtual e passo a liberar, considerado o fator tempo, os processos.
3. Publiquem.

A pauta de julgamento foi publicada em 17 de dezembro de 2020, com designação para início do julgamento em 5 de fevereiro de 2021, na primeira semana do retorno das férias forenses do Supremo Tribunal Federal.

Uma segunda constatação, portanto, é que entre a designação da data de julgamento, com inclusão na pauta, e o início da sessão do plenário virtual, não houve normal expediente dos Ministros e dos seus gabinetes.

Iniciada a sessão virtual, com posteriores pedidos de vistas, como relatado na petição, suspendeu-se o julgamento em 23 de novembro de 2021, para ulterior definição da modulação proposta pelo Min. Dias Toffoli,² possibilitando novo peticionamento, por questão de fato, no ambiente do plenário virtual. É essa a peça jurídica que foi redigida pela Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, com participação da Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) e subscrição de todos os Estados Federados.

A continuidade do julgamento em plenário virtual foi marcada rapidamente, já no dia seguinte (24/11/2021), com início em 26 de novembro e término em 3 de dezembro de 2021.

Com o objetivo específico do tribunal definir eventual modulação de efeitos do julgamento em que se tinha colhidos os votos, o desafio era demonstrar aos ministros e ministras, novamente e com mais ênfase, a imensa repercussão financeira para os Estados, para as políticas públicas na área de saúde e educação e, de igual modo, para os Municípios, considerando-se a obrigatoriedade constitucional da transferência das receitas dos ICMS

Para tanto, foram levantados, em diminuto espaço de tempo, inclusive com o auxílio do Comitê Nacional dos Secretários de Estado da Fazenda (COMSEFAZ), dados adicionais a respeito não apenas dos efeitos nas contas públicas, mas também dos reflexos na litigiosidade se a tese fosse definida com efeitos *ex tunc*. Especial referência deve ser feita à audiência realizada em 1º de dezembro de 2021 com a participação de Governadores e Secretários de Estado da Fazenda com os ministros Dias Toffoli (proponente da modulação), Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes.

Daí que se demonstrou que o marco temporal da modulação deveria ser, ao menos, após a finalização das leis e planos orçamentários, a se findar em 2023. Isso possibilitaria o cumprimento do orçamento de 2021 e seguintes, além de temporizar para os entes públicos a futura perda expressiva de receitas do ICMS.

A defesa na peça jurídica sobre a aplicação da tese em processos judiciais – sejam até então judicializados e a serem judicializados -, igualmente teve espaço argumentativo, com o objetivo de convencimento a propósito do crescimento da litigiosidade

2 Conforme consta na certidão de julgamento do dia 21 de junho de 2021, o Min. Dias Toffoli propôs "a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, ressalvando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito".

e os efeitos nefastos de eventual repetição de indébitos tributários, escorando-se, dentre outras razões, em dados da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, e na parábola da *tragédia da justiça*, contextualizada na peça jurídica.

Finalizado o julgamento da modulação, com voto vencido apenas do Ministro Edson Fachin, o seu resultado foi, de certa forma - muito embora tenha se sucumbido no mérito -, uma vitória para os Estados, porquanto a posição defendida do marco temporal para início da aplicação da tese foi acolhida, qual seja, após a finalização dos planos plurianuais (efeito *pro futuro*) e para ações propostas após o início do julgamento, em 05 de fevereiro de 2021 (efeito *ex nunc*). Eis o teor do acórdão no que concerne à modulação:

7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).³

Colhe-se, para se deixar mais completa a presente exposição prévia à peça jurídica, excerto do voto do Min. Dias Toffoli:

Recentemente, recebi em audiência os governadores dos estados e as respectivas procuradorias, os quais também peticionaram nos autos reproduzindo tabela na qual identificam que o impacto anual da decisão da Corte, tomando como base preços de 2019, varia, a depender do estado, de R\$ 19 milhões (Estado de Roraima) a R\$ 3,59 bilhões (Estado de São Paulo). Ainda a título de exemplo, vale citar que, à luz da mesma tabela, o impacto anual será (com arredondamento) de R\$ 1,45 bilhão para o Estado da Bahia; de R\$ 1,66 bilhão para o Estado do Goiás; de R\$ 3,08 bilhões para o Estado de Minas Gerais; de R\$ 3,10 bilhões para o Estado do Paraná; de R\$ 2,32 bilhões para o Estado do Rio de Janeiro; de R\$ 3,26 para o Estado do Rio Grande do Sul; e de R\$ 1,49 para o Estado de Santa Catarina.

3 A íntegra da ementa é a seguinte: "Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema n. 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Quando adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral. Eficácia negativa da seletividade. 1. O dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos além da qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço. 2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é evidente a preocupação do constituinte de que, uma vez adotada a seletividade, haja a ponderação criteriosa das características intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade com outros elementos, tais como a capacidade econômica do consumidor final, a destinação do bem ou serviço e, ao cabo, a justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa. 3. A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade – como, por exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo –, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade. 4. Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateve a essa evolução econômico-social para efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional. 5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema n. 745: Adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços. 6. Recurso extraordinário parcialmente provido. 7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21)".

Como se percebe, os montantes são elevados. É certo, ainda, que as perdas de arrecadação ocorrem em tempos difíceis e atingem estados cujas economias já estão combalidas.

Tendo presentes essas novas informações e ponderando os interesses e os valores em conflito, julgo que seria mais adequado, como dito acima, se estipular que a decisão da Corte produza efeitos **a partir de 2024, primeiro exercício financeiro regido pelo próximo (PPA) de cada unidade federada.**

A modulação dos efeitos da decisão tal como ora sugerida preservará o exercício financeiro em andamento (2021) e o próximo (2022), bem como o de 2023, ano em que tomarão posse os Governadores e os Deputados estaduais eleitos em 2022. Com isso, os impactos da decisão da Corte nas contas das unidades federadas serão amenizados em certa medida e num espaço de tempo adequado.

Ademais, considero importante ressaltar da modulação dos efeitos da decisão **certas ações já ajuizadas**. Note-se que medida como essa tem sido muito utilizada pela Corte (vide, v.g., os julgamentos da ADI n. 5.469/DF-ED e do RE n. 574.706/PR-ED). Resta definir qual **marco temporal** razoável e condizente com as particularidades do presente caso deve ser adotado, a fim de se identificarem quais são as ações a ser ressaltadas.

Julgo ser mais adequado adotar como **marco o dia no qual foi proferido o voto do Ministro Marco Aurélio, isto é, 5/2/21** (data do início do julgamento do mérito). De um lado, isso **prestigiará aqueles que já haviam ingressado com ação até essa data**. Do outro lado, **não serão ressaltadas as ações ajuizadas após esse marco.**

Vale registrar o que disseram diversos estados da federação: “o movimento de judicialização se intensificou nos últimos dias de julgamento do Tema 745/RG”. A proposta de modulação sugerida visa a combater tal espécie de corrida ao Poder Judiciário, a qual me parece muito prejudicial, considerando as citadas particularidades do presente tema e o mencionado contexto econômico-social do País e dos estados da Federação.

Ante o exposto, em substituição à proposta anteriormente por mim encaminhada, proponho a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos **a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21)**. (grifos no original)

Essa delimitação temporal *evitaria* a perda de arrecadação para os Estados, em valores aproximados, de R\$ 26 bilhões. Para a área da saúde a perda vislumbrada era de R\$ 3 bilhões e, para educação, R\$ 6 bilhões. Particularmente para o Estado de Santa Catarina as perdas eram estimadas em 32% da arrecadação, equivalendo a mais de R\$ 1 bilhão por ano.

Esta é a relevância e expressividade financeira-econômica-orçamentária que a peça jurídica elaborada no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, com a relevante contribuição da Câmara Técnica do CONPEG, espelha, decorrendo o entendimento de sua oportuna publicação na Revista da PGE/SC de 2022.

A definição do Tema 745 de Repercussão Geral no RE 714.139 deu fundamento constitucional para o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, propor 27 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, buscando o reconhecimento, com efeitos vinculante e *erga omnes*, da inconstitucionalidade de todas as leis estaduais e distrital disciplinadoras de alíquotas diferenciadas de energia elétrica e serviços de telecomunicações. Contra a lei catarinense foi proposta a ADI 7117, julgada procedente em 27 de junho de 2022, contudo, mantido pelo STF os termos da modulação definida no RE 714.139.

Por fim, merece esclarecer que se disse acima “evitaria” porque o Poder Legislativo Federal, em contraposição à recente modulação definida pela Corte Constitucional, editou a Lei Complementar Federal n. 194, de 23 de junho de 2022, com vigência à partir de sua publicação (art. 15), alterando o Código Tributário Nacional e a Lei Kandir, para, expressamente, estabelecer a energia elétrica e os serviços de telecomunicações, além do gás natural e o transporte coletivo, como bens e serviços essenciais, de modo que não poderão ter alíquotas superiores àquelas das operações em geral.

Por essa razão, a conquista, ao menos do marco temporal da modulação dos efeitos da tese do Tema 745 no Supremo Tribunal Federal, ruiu perante o legislador federal, onerando e diminuindo as receitas públicas acima apontadas.

Sem adentrar à fundo no mérito de tal decisão político-legislativa, vislumbra-se um intenso diálogo institucional entre os Poderes estatais, a iniciar-se pela atuação legislativa e executiva dos Estados Federados, passando pelo controle de constitucionalidade da Suprema Corte, seja de modo incidental pelo julgamento do Recurso Extraordinário n. 714.139, seja em controle abstrato nas mais de duas dezenas de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, finalizando no Congresso Nacional, em um exercício de poder legiferante violador do princípio federativo e das competências constitucionais tributárias que, por ora, é a normatividade conclusiva e temporária dessa interlocução institucional dos centros de poder (Legislativo, Judiciário e Executivo) e do Federalismo brasileiro.



EXCELENTÍSSIMOS(AS) SENHORES(AS) MINISTROS(AS) DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MANIFESTAÇÃO PELO ESTADO DE SANTA CATARINA E DEMAIS ESTADOS DA FEDERAÇÃO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 714.139 – TEMA 745/RG
SESSÃO DE JULGAMENTO VIRTUAL COM INÍCIO EM 26/11/2021
PROPOSTA DE MODULAÇÃO DE EFEITOS

O ESTADO DE SANTA CATARINA, *Recorrido*, e os ESTADOS DO ACRE, ALAGOAS, AMAPÁ, AMAZONAS, BAHIA, CEARÁ, DISTRITO FEDERAL, ESPÍRITO SANTO, GOIÁS, MARANHÃO, MATO GROSSO, MATO GROSSO DO SUL, MINAS GERAIS, PARÁ, PARAÍBA, PARANÁ, PERNAMBUCO, PIAUÍ, RIO DE JANEIRO, RIO GRANDE DO NORTE, RIO GRANDE DO SUL, RONDÔNIA, RORAIMA, SÃO PAULO, SERGIPE, TOCANTINS, *Amici Curiae*, vem à ilustre presença de Vossas Excelências oferecer **MANIFESTAÇÃO** relativamente à proposta de modulação, que será objeto da continuação do julgamento no Plenário Virtual, de 26.11.2021 a 03.12.2021, consoante as seguintes razões:

1. CABIMENTO

De início, importa ressaltar que a presente Manifestação se dá com o desiderato de **cooperar e contribuir** com o debate de **extrema envergadura federativa** por esta Excelsa Corte Suprema, a teor do art. 6º, do Código de Processo Civil.

Ainda, por se tratar, também, de **questões de fato**, se faz oportuno e adequado, considerando o julgamento em Plenário Virtual e os termos do art. 5º-A, § 6º, da Resolução n. 642/2019, do Supremo Tribunal Federal, com a redação dada pela Resolução n. 675/2020, apresentá-las no presente petitório, a bem da defesa dos interesses públicos notoriamente influenciados pelo julgamento e pela modulação que será objeto de apreciação do e. Colegiado.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto por Lojas Americanas S.A. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a segurança pleiteada pela Recorrente, assentando que inexistente ofensa ao princípio da seletividade na legislação



catarinense em relação à alíquota de 25% de ICMS no consumo de energia elétrica e na prestação de serviços de telecomunicações.

Pretende a Recorrente que lhe sejam assegurados os seguintes direitos: **a)** pagar o ICMS incidente sobre as operações relativas a serviços de comunicação e fornecimento de energia elétrica pela alíquota interna de 17% e **b)** creditar-se dos valores recolhidos de ICMS nos últimos 10 (dez) anos pela alíquota de 25%, ou, alternativamente, que lhe sejam restituídos tais valores em pecúnia.

A matéria de fundo que conduz a controvérsia diz respeito à discussão quanto à aplicação imperativa do princípio tributário da seletividade ao regime de cobrança do ICMS, no que concerne especificamente à fixação das alíquotas de energia elétrica e serviços de telecomunicação.

O recurso foi submetido à sistemática da repercussão geral, a qual restou reconhecida pelo Plenário Virtual dessa e. Corte em **12.06.2014**. Iniciado o julgamento em **05.02.2021**, houve pedido de vista do e. Min. Dias Toffoli, com retorno em **11.06.2021**, oportunidade em que novo pedido de vista do e. Min. Gilmar Mendes suspendeu o julgamento. Pautado novamente, ainda em Plenário Virtual, com reinício em **12.11.2021**, foi concluída a colheita dos votos. Contudo, o julgamento foi suspenso para apreciação da proposta de modulação formulada pelo e. Min. Dias Toffoli, o que se dará já na assentada a se iniciar, no Plenário Virtual, em **26.11.2021**.

3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO E DA TESE.

Tratando-se de continuação de julgamento para se colher, especificamente, votos a respeito de proposta de modulação, muito embora sejam os Peticionantes contrários ao entendimento da maioria que se formou, esclarece-se que a presente Manifestação se limitará, com a objetividade que se espera, aos aspectos fático-jurídicos da proposta de modulação.

No que concerne à matéria de mérito, a tempo e modo oportunos, pelo instrumento recursal adequado, maiores digressões serão apresentadas com o fito de demonstrar a imperiosa necessidade de releitura dos r. fundamentos vencedores da tese, por ora, definida.

Com efeito, o e. Min. Dias Toffoli propôs a modulação dos efeitos da decisão com os



seguintes fundamentos, respectivamente sobre o ICMS em relação à energia elétrica e aos serviços de telecomunicações:

Não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade em alusão, considerando o relevante impacto dessa decisão nas finanças do estado bem como o fato de que, há muito, várias outras unidades editaram leis em dissonância com a compreensão acima, gerando receitas e expectativas de receitas até então tidas legítimas, julgo ser o caso de se modularem os efeitos dessa decisão, de modo que ela **produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro**.

Preserva-se, assim, o exercício financeiro ora em andamento. Destaco que medida como essa tem sido observada pela Corte em modulações de efeitos quando em jogo questões tributárias que provoquem relevantes repercussões nas contas pública. Nesse sentido: ADI nº 5.469/DF e RE nº 1.287.019/DF, sessão de 24/2/21.

Ressalvo da proposta de modulação as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito. Diligência como essa tem sido observada pela Corte em julgados recentes. Nessa direção: RE nº 605.552-ED-Segundos, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 12/4/21. (grifos no original)

[...]

A legislação em questionamento, contudo, não acompanhou essa evolução econômico-social, mantendo a tributação desses serviços pelo ICMS com aquela alíquota, sem fazer qualquer distinção. **Tornou-se, com o passar do tempo, inconstitucional!**

Nesse ponto, destaco que é extremamente difícil precisar o momento exato em que a lei passou a ser incompatível com o texto constitucional. Além disso, anote-se que a lei questionada continuou sendo aplicada, **com presunção de constitucionalidade**, até os dias de hoje, gerando receitas e expectativa de receitas para o Estado de Santa Catarina.

Em razão dessas circunstâncias: (i) julgo inconstitucional a lei questionada no tocante à alíquota de 25% de ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicação, determinando a aplicação da mesma alíquota do ICMS pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral (art. 19, I, da Lei 10.297/96); e (ii) desde logo, **proponho a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro**.

Preserva-se, também aqui, o exercício financeiro ora em andamento.

Ademais, julgo que, quanto a essa modulação, também deve ser ressalvadas as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito. (grifos no original)

O e. Min. Nunes Marques acompanhou a proposta de modulação.

Existem, portanto, duas situações modulares: **1ª) pro futuro**, em relação à aplicação da inconstitucionalidade assentada na tese, a partir do início do próximo exercício financeiro;



2ª) retroativa, em relação às ações ajuizadas até a publicação da ata de julgamento, publicação que ainda não ocorreu.

3.1 MARCO TEMPORAL DA MODULAÇÃO. PREMISSA INAFSTÁVEL DA SEGURANÇA JURÍDICA E ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE FINALIZAÇÃO DE PLANOS E LEIS ORÇAMENTÁRIOS.

A proposta de modulação do e. Min. Dias Toffoli, sensível à situação jurídica e fática vivenciada no Estado de Santa Catarina e em todas as demais unidades federativas estaduais, definiu que a produção de efeitos da decisão deve se dar no futuro, a partir do início do próximo exercício financeiro.

As razões para tanto, expostas no voto, são:

- i) impacto da decisão nas finanças dos Estados;**
- ii) edição de leis pelos Estados;**
- iii) expectativas de geração de receitas;**
- iv) preservação do exercício financeiro;**
- v) repercussões relevantes nas contas públicas.**

Nada obstante serem totalmente pertinentes tais razões, denotando, de fato, a consciência e o papel institucional do Supremo Tribunal Federal, como *guardião da Federação*, em temas que tocam questões tributárias que alcançam as unidades federativas como um todo, é certo que o **marco temporal** eleito não se coaduna com a premissa inafastável de se concretizar, em uma modulação de efeitos, a segurança jurídica e administrativa.

O art. 27 da Lei 9.868/1999, a propósito, aplicável nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, se coaduna com a necessidade de se pautar pela segurança jurídica os fundamentos da modulação.

Mais recentemente, por alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, realizada pela Lei n. 13.655/2018, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro uma “cláusula geral” de modulação, aplicável, portanto, em todos os processos com o objetivo expresso de dotar de segurança jurídica e eficiência a criação e aplicação do direito público.

Em destacada perspectiva, o art. 23 da LINDB prescreve:



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.**

O referido “regime de transição” se impõe, assim, no novo condicionamento de direito, o que é o caso aqui retratado, de inauguração pela decisão de condicionamento ao *direito constitucional de tributação dos Estados* pelas alíquotas que estão definidas em leis e que foram estabelecidas em estreita conformidade com suas competências constitucionais.

A pergunta que se faz, portanto, para clarear o marco temporal *pro futuro* da modulação é a seguinte: o início do próximo exercício financeiro para aplicação da tese atende a segurança jurídica e as premissas para novo condicionamento do direito dos Estados de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais?

A resposta, no entendimento dos Estados, é negativa.

Isso porque **as leis orçamentárias que têm como fundamento as receitas provenientes dos impostos não são programadas apenas para um exercício financeiro**. A programação orçamentária dos entes federativos está assentada, como planejamento de Estado e não de Governo, em programas que perpassam um exercício financeiro. As disposições do art. 165 da Constituição Federam consentem com esses fundamentos.

Daí que é salutar a referência à “*CARTA DO COMSEFAZ - COMITÊ NACIONAL DOS SECRETÁRIOS DE ESTADO DA FAZENDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOBRE O RE 714.139/SC*” (anexa), que assim se expressa:

Defendemos que a modulação dos efeitos da decisão alinhe-se ao prazo de vigência dos Planos Plurianuais (PPAs) de todos os entes subnacionais aqui impactados. E isso porque o PPA é o instrumento fundamental de planejamento de médio prazo, pensado para um período de quatro anos, onde são estimadas as metas e programas a serem cumpridos neste período. Trata-se de legítimo instrumento de Estado, e não meramente de Governo, dado que sempre se inicia no último ano de mandato governamental, possuindo vigência por mais três anos no mandato seguinte.

E o PPA leva em consideração, em sua formulação, a previsão de receita para o período de quatro anos, sendo o instrumento que primeiro corporifica a ideia de promoção de serviços públicos que impactem a vida de toda a população,



pois lá estão contidas metas superiores para expansão da educação e da saúde públicas (novas escolas, novos hospitais, por exemplo), bem como da segurança pública, proteção social, cultura, além dos Poderes Legislativos e Judiciários estaduais, Ministérios Públicos e Defensorias Públicas, e todas as demais atuações absolutamente indispensáveis para o bem viver em nosso país. Só para ter uma dimensão do impacto financeiro, a redução das alíquotas em decorrência da decisão significará uma perda de R\$ 27 bilhões por ano para os entes.

Em assim sendo, indiscutivelmente, a decisão desta Egrégia Corte terá impacto manifesto e expressivo nas finanças públicas, pois reduzirá a possibilidade de tributação na energia elétrica e nas comunicações que representam os setores que mais trazem arrecadação aos entes, juntamente com os combustíveis.

Dessa forma, caso não seja possível a modulação, todos os PPAs aprovados em 2020, com vigência a partir deste ano, e válidos até 2024, restarão inviabilizados em suas diretrizes, objetivos e metas. Não se pode olvidar, evidentemente, que as leis de diretrizes orçamentárias e as leis orçamentárias atualmente vigentes e aquelas já aprovadas para 2022 restarão ainda mais prejudicadas, dado o seu caráter iminente.

É salutar pontuar que os entes subnacionais ainda padecem dos efeitos da pandemia que, em face do desaquecimento da economia, afetaram negativamente as receitas arrecadadas. Com isso, as contas públicas, que para muitos entes federados já se mostravam em desequilíbrio, sofreram uma deterioração sem precedentes, o que compromete completamente a qualidade dos serviços prestados à população.

Destarte, na eventualidade da inexistência de modulação dos efeitos da decisão supramencionada alinhada ao PPA, ocorrerão severos efeitos deletérios não apenas sobre a necessária previsibilidade da receita pública, mas também sobre a provisão dos serviços públicos essenciais à sociedade.

Com efeito, para além de se constituir em elemento imperioso no conjunto do processo orçamentário, configurando-se, portanto, num dos pilares essenciais para atendimento aos preceitos legais afetos à responsabilidade fiscal, a previsibilidade da receita afigura-se indispensável, uma vez que os entes subnacionais encontram-se em meio à execução dos seus respectivos planos plurianuais, cujas metas e diretrizes foram elaboradas com base na realidade econômica e tributária anterior à prolação da decisão e que, portanto, não levaram em conta os seus efeitos.

Cabe assinalar ainda que a decisão em tela vem se somar a uma série de outros eventos recentes que impactaram enormemente as finanças dos entes subnacionais, de que são exemplos a ADO 25, as decisões afetas ao TUST/TUSD, o fim da definitividade da base de cálculo da ST, a questão das transferências entre estabelecimentos do mesmo titular (ADC 49), a instituição do piso da enfermagem (Lei nº. 2.564/20), dentre outros.



Nesta perspectiva, com a frustração considerável da receita estimada e o alto grau de engessamento em relação às despesas, para os entes que já se encontravam em situação difícil, lograr o equilíbrio será tarefa quase inexecutável.

Ainda em decorrência do que se expõe, a redução da receita impactará no cálculo da Capacidade de Pagamento (CAPAG) dos entes subnacionais, o que impedirá que grande parte deles recorra a novos empréstimos com garantia da União, o que, conseqüentemente, reduzirá a capacidade de investimento em projetos em prol da sociedade.

Por fim, o impacto é catastrófico não só para os Estados e Distrito Federal, mas também para os Municípios, que recebem sua quota-parte do ICMS arrecadado, ressaltando-se que, para alguns deles, a receita daí decorrente é, senão a única, a mais representativa fonte de financiamento das políticas públicas.

Dessa forma, vimos, mui respeitosamente, solicitar que a decisão ora referida e a redução das alíquotas dela resultante se deem alinhadas à vigência dos atuais Planos Plurianuais, preservando as diretrizes, os objetivos e as metas já aprovados pelos parlamentos estaduais, e oportunizando que os Estados consigam absorver gradualmente em suas políticas o citado impacto arrecadatório.

Não é demais relembrar que a fiscalização contábil, financeira e orçamentária disposta na Constituição Federal exige que todos os Poderes (Legislativo, Executivo e **Judiciário**) controlem e avaliem “o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União” (art. 74, I), dispositivo que é aplicável igualmente aos Estados e Municípios.

Por conseguinte, é um *imperativo constitucional* a atuação do Poder Judiciário no sentido do dever de fiscalizar o cumprimento de metas do plano plurianual e, conseqüentemente, em assentar na decisão que se deve cumprir tal preceito constitucional. O cumprimento da Constituição, nesse particular, se dá com o entendimento de que **a diminuição das receitas públicas por decisão judicial deve buscar, em contrapartida, respeitar as metas já eleitas nos planos plurianuais, de modo que a imposição de perdas de receitas expressivas – na verdade as maiores dos Estados -, deve ser implementada nos próximos planos plurianuais**, sendo, portanto, inaplicável a tese tão-somente com ressalva do exercício vigente, que não espelha e não concretiza a segurança jurídica e administrativa necessária para se dar efetividade à modulação de efeitos da decisão.



Sucessivamente, é necessário ainda pontuar, no caso de não ser este o entendimento sufragado pelos e. Ministros(as), que o próximo exercício financeiro já se inicia em **37 dias**, prazo extremamente exíguo para se alterar o orçamento e o rearranjo financeiro e administrativo para dar cumprimento ao quanto estabelecido na tese de Repercussão Geral.

A bem da verdade, a programação orçamentária dos Estados para o próximo exercício já está completamente prevista e aprovada nas leis orçamentárias, tendo-se considerado a arrecadação do ICMS com as alíquotas definidas nas leis estaduais, sem qualquer previsão para suportar a perda de arrecadação que advirá do nivelamento das alíquotas para 17%.

Nesse sentido, para concretizar o quanto adequadamente descrito na proposta de modulação do e. Min. Dias Toffoli (impacto da decisão nas finanças dos Estados; edição de leis pelos Estados; expectativas de geração de receitas; preservação do exercício financeiro; repercussões relevantes nas contas públicas), se evidencia necessário estipular a modulação dos efeitos da decisão para, ao menos, **o exercício financeiro de 2023, de forma que a perda de receita possa ser projetada na LDO e LOA**. O prazo requerido, embora não seja ideal, minora, ao menos, os impactos deletérios do reconhecimento da inconstitucionalidade das alíquotas diferenciadas de ICMS.

3.1.1 DANO EMERGENTE AOS ERÁRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS. PREJUÍZOS EVIDENTES À IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS A CARGO DOS ESTADOS.

Sobreleva apresentar, faticamente, alguns dados que demonstram a imperatividade de que a modulação respeite leis e planos orçamentários já aprovados, democraticamente, pelos Parlamentos dos Estados e que estão imergidos nas receitas públicas que serão utilizadas para a implementação das diversas obrigações constitucionais de prestação dos serviços públicos que são encargos dos Estados.

Em petição apresentada nos autos (peça n. 443), quando ocorrido o início do julgamento, e nos Memoriais encaminhados em todas as oportunidades em que o processo foi pautado, os Estados, por intermédio do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal, colacionaram Nota Técnica com quadro em que se descreveu expressivos dados do impacto financeiro que se faz oportuno reapresentar:



IMPACTO DA DEFINIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA ALÍQUOTA DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

(Preços de 2019 - em milhões de R\$)

UF	Telecomunicações	Energia	Perda Total	Arrecadação ICMS 2019	% de Perda
AC*	R\$ 24	R\$ 23	R\$ 47	R\$ 1.413	3,33%
AL	R\$ 100	R\$ 73	R\$ 173	R\$ 4.208	4,11%
AM	R\$ 171	R\$ 316	R\$ 487	R\$ 10.039	4,85%
AP	R\$ 23	R\$ -	R\$ 23	R\$ 945	2,46%
BA	R\$ 377	R\$ 1.072	R\$ 1.449	R\$ 24.718	5,86%
CE	R\$ 242	R\$ 468	R\$ 710	R\$ 13.152	5,40%
DF	R\$ 344	R\$ 148	R\$ 492	R\$ 8.182	6,01%
ES	R\$ 154	R\$ 446	R\$ 600	R\$ 11.452	5,24%
GO	R\$ 479	R\$ 1.177	R\$ 1.656	R\$ 17.126	9,67%
MA	R\$ 127	R\$ 33	R\$ 160	R\$ 7.883	2,03%
MG	R\$ 1.049	R\$ 2.026	R\$ 3.075	R\$ 51.945	5,92%
MS	R\$ 135	R\$ 33	R\$ 167	R\$ 10.048	1,66%
MT	R\$ 176	R\$ 602	R\$ 779	R\$ 13.366	5,83%
PA	R\$ 276	R\$ 468	R\$ 745	R\$ 12.250	6,08%
PB	R\$ 163	R\$ 381	R\$ 544	R\$ 5.904	9,21%
PE	R\$ 260	R\$ 499	R\$ 759	R\$ 17.939	4,23%
PI	R\$ 101	R\$ 189	R\$ 290	R\$ 4.489	6,46%
PR	R\$ 800	R\$ 2.300	R\$ 3.100	R\$ 31.503	9,84%
RJ	R\$ 909	R\$ 1.410	R\$ 2.319	R\$ 37.015	6,26%
RN	R\$ 113	R\$ 129	R\$ 242	R\$ 5.725	4,23%
RO	R\$ 99	R\$ 41	R\$ 140	R\$ 4.013	3,49%
RR	R\$ 19	R\$ -	R\$ 19	R\$ 1.117	1,69%
RS	R\$ 1.010	R\$ 2.250	R\$ 3.260	R\$ 35.743	9,12%
SC	R\$ 344	R\$ 1.150	R\$ 1.494	R\$ 23.370	6,39%
SE	R\$ 71	R\$ 119	R\$ 190	R\$ 3.548	5,36%
SP	R\$ 1.190	R\$ 2.400	R\$ 3.590	R\$ 149.774	2,40%
TO	R\$ 49	R\$ 101	R\$ 150	R\$ 3.020	4,98%
TOTA	R\$ 8.805	R\$ 17.856	R\$ 26.661	R\$ 509.886	5,23%

Fonte: Dados informados pelas Secretarias de Fazenda dos Estados e Distrito Federal.

*Foi utilizada a média percentual da região para estimar as perdas do estado do AC.

Em informações igualmente disponibilizadas nos autos, conforme dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Fazenda, para o Estado de Santa Catarina, Recorrido, a redução da alíquota de 25% para 17% diminuirá **32% da arrecadação atual do setor, o que equivale a R\$ 96,6 milhões por mês ou superior a R\$ 1 BILHÃO anual.**

No Estado do Rio de Janeiro o impacto do valor da perda de arrecadação, projetado com dados dos 10 meses de 2021, é **superior a R\$ 2 BILHÕES, ou R\$ mais de R\$ 200 milhões**



mensais.

No Estado de Goiás os dados são, de igual modo, impactantes, alcançando mais de **R\$ 1,8 BILHÃO**, “que corresponde uma redução de 10,80% na arrecadação total de ICMS do Estado de Goiás do ano de 2019”, conforme documentos anexos:

ESTIMATIVA DO IMPACTO DA REDUÇÃO DAS ALÍQUOTAS DO ICMS APLICADAS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA/TELECOMUNICAÇÕES PARA 17%		
Resumo do impacto anual estimado, a partir dos dados do ANO DE 2019 (EFD e GCI-CONV 115) - CONSIDERADO REAJUSTE TARIFÁRIO DE 16,45% ENEL		
DESCRIÇÃO	VALOR	%
VALOR DO IMPACTO ANUAL EM RELAÇÃO AO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA CONSIDERANDO 17% COM REAJUSTE TARIFÁRIO 16,45% ENEL	-1.371.133.598,93	-52,46%
VALOR DO IMPACTO ANUAL EM RELAÇÃO AO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES 17%	-478.922.812,66	-49,85%
TOTAL DO IMPACTO ANUAL DOS 2 SETORES 17%	-1.850.056.411,59	
ARRECADAÇÃO TOTAL DE ICMS DO ESTADO DE GOIÁS EM 2019	17.125.880.144,12	
PERCENTUAL DO IMPACTO DOS 2 SETORES NA ARRECADAÇÃO TOTAL DE ICMS EM 2019		-10,80%

Note-se, ilustrativamente, que a composição das receitas de impostos é utilizada para a definição de aplicação de despesas, ***muitas obrigatórias constitucionalmente***, em áreas sensíveis à Federação brasileira, como saúde e educação.

Dessarte, como assente, nos termos dos arts. 198, § 2º, II e 212, *caput*, se impõe que as despesas com saúde e educação sejam aplicadas de acordo com a receita dos impostos estaduais, respectivamente, 12% e 25%. O pagamento de débitos de precatórios, de igual modo, tem seus valores definidos de acordo com o comportamento da receita, a teor do art. 101, *caput*.

Em outras palavras, somente tomando em consideração os dados descritos na tabela acima, elaborada pelo COMSEFAZ, que demonstra a perda anual de R\$ 26 bilhões para os Estados, se pode afirmar, com certo grau de certeza, que **a prestação dos serviços públicos**



de saúde e educação serão extremamente afetados e prejudicados, **COM UMA PERDA PARA A SAÚDE, EM ÂMBITO NACIONAL, SUPERIOR A R\$ 3 BILHÕES E, PARA EDUCAÇÃO, DE MAIS DE R\$ 6 BILHÕES.** Não há, deusas, política pública que se sustente em tal cenário de franca e expressiva perda de arrecadação.

Tal reflexão, que se traz à guisa de contribuição e cooperação para o debate jurisdicional, é que se impõe fazer em questão de notória repercussão no federalismo fiscal-tributário nacional. A alteração na tributação em um Estado Federal, com as vicissitudes e complexidades inerentes a tal forma de Estado, repercute diretamente no modo de administrar e de prestar, principalmente, os serviços públicos que a população brasileira é notoriamente carente, principalmente em tempos contemporâneos de crise sanitária e dos efeitos dela decorrentes, em todos os sentidos.

Nesse contexto, reveste de notório e **excepcional interesse social**, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999 - cuja exegese em tudo se amolda aos recursos extraordinários com repercussão geral - a modulação dos efeitos para momento em que o planejamento orçamentário-financeiro e administrativo tenha exauridas as receitas então já programadas.

3.1.2 EFEITOS NAS FINANÇAS DOS MUNICÍPIOS. REFLEXO SISTÊMICO DA APLICAÇÃO DA TESE EM CURTO ESPAÇO DE TEMPO.

A repartição de receitas tributárias disciplinada na Constituição Federal (art. 158, IV) dispõe que 25% da arrecadação do ICMS será destinado aos Municípios.

Consectário lógico desta repartição é a evidente minoração de receitas para os entes municipais pela perda de arrecadação, o que denota que o prejuízo da decisão não se limita aos Estados, mas, igualmente, se espalha por **todas as municipalidades da Federação brasileira**, já com os cofres públicos combalidos pelo enfrentamento da crise sanitária.

A “Carta” do COMSEFAZ demonstra também essa repercussão deletéria nas contas públicas municipais, o que evidencia o reflexo abrangente e negativo para todos os entes federativos.

De fato, a questão é deusas sensível e, por envolver alteração na própria estrutura tributária, orçamentária, fiscal e administrativa por todo o território nacional, é importante se ter presente que a *transição* para o implemento da tese assentada deve cuidar em não



inviabilizar o exercício e a manutenção de políticas públicas a cargo não apenas dos Estados, mas, de igual modo, dos Municípios.

3.2 RESSALVA ÀS AÇÕES AJUIZADAS. INCENTIVO À JUDICIALIZAÇÃO DESENFREADA DO TEMA. LITIGÂNCIA DE MASSA. A “TRAGÉDIA DA JUSTIÇA”.

A proposta de modulação dos efeitos da decisão do e. Min. Dias Toffoli ressalva as ações ajuizadas até a publicação da ata de julgamento.

Os Estados signatários entendem, com o devido respeito, que tal modo de estabelecer a modulação não atende às premissas da segurança jurídica pelas quais uma modulação de efeitos deve ser realizada. Pelo contrário, constata-se, inclusive, que a ressalva proposta eleva a insegurança jurídica no país e na atuação do próprio Poder Judiciário.

Com efeito, na medida em que se estabelece como marco temporal da retroatividade do reconhecimento da inconstitucionalidade a data da publicação da ata de julgamento, ***que ainda não ocorreu***, há imenso incentivo à judicialização das controvérsias que envolvem o tema decidido, com uma corrida de litigância de massa deletéria não apenas no aspecto financeiro dos Estados, mas, de igual modo, para a prestação jurisdicional, com o congestionamento dos órgãos do sistema da Justiça.

Dados, por exemplo, da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina já expõem esta problemática e uma corrida ao Poder Judiciário para propor ações antes da publicação da ata de julgamento, com a expectativa de afastar a modulação temporal *pro futuro* que é necessária, como já se expôs. À guisa de contribuição fática para o julgamento da modulação é pertinente apresentar alguns dados:

Ano	Processos por Ano
2006	4
2007	1
2008	8
2009	1
2010	3
2011	1
2014	2
2015	41
2016	120
2017	107
2018	109



2019	63
2020	83
2021	161
Total Geral	704

Veja-se o aumento do número de ações no ao de 2021 em relação aos períodos anteriores. Trata-se, ademais, de ações já cadastradas no órgão Procuradoria-Geral do Estado, não englobando, portanto, as dezenas ou centenas de ações propostas que não ainda não foram objeto de citação.

Dos 161 processos por ora cadastrados **apenas no ano de 2021**, os valores das causas – que muitas vezes não refletem o proveito econômico almejado, que é sempre superior -, ultrapassa **R\$ 24 milhões**.

Considerando os 704 processos por ora cadastrados, o valor da Judicialização ultrapassa R\$ 77 milhões, quantia que é muito superior, já que os dados consideram o valor dado à causa, sem atualização e sem consectários.

Portanto, a proposta de modulação que ressalva as ações judicializadas, a par de não concretizar a segurança jurídica, força uma despesa de eventual ressarcimento ou repetição do indébito que **pode facilmente alcançar, em todos os Estados, a cifra de bilhões de reais**.

Ou seja, além da tese definida no julgamento afastar uma expressiva receita constitucional, legal e legítima dos entes federativos, a modulação com a ressalva dos casos judicializados impõe, ainda, uma despesa bilionária em repetição do indébito.

Em tal contexto não se pode deixar de consignar a famosa parábola da *tragédia dos comuns*, “que ilustra como os recursos comuns (*bens comuns*) tendem a ser explorados em níveis acima do desejável do ponto de vista social, gerando uma tendência de esgotamento (o que seria a *tragédia*)”¹, o que se aplica à justiça brasileira no que se pode denominar, com Erik

¹ WORKART, 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, p. 85. Assim explica o autor: “A parábola consiste na singela história de uma pequena cidade medieval na qual a criação de ovelhas era uma das principais atividades comerciais. As ovelhas pertencentes às diversas famílias da cidade pastavam em um campo que a rodeava, chamado *Town Common*. Esse pasto era público e grande o suficiente para que todas as ovelhas pudessem alimentar-se, ao mesmo tempo em que áreas não utilizadas iam renovando-se, funcionando, portanto, muito bem. Ocorre que, conforme a cidade crescia, mais e mais ovelhas eram colocadas na terra pelas famílias. Logo a gleba tornou-se um bem escasso, levando a uma *concorrência no consumo*. Como não havia incentivos para diminuir o uso da pastagem, ela esgotou-se e *Tow Common* acabou tornando-se um terreno barroso e inútil para todas as ovelhas. O pequeno conto traz lições importantíssimas e extremamente úteis aos objetivos deste



Navarro Wolkart, da *tragédia da justiça*. É pertinente, a propósito:

No caso da Justiça, várias soluções são possíveis, ainda que algumas sejam indesejáveis. Outras, ainda que óbvias, encontram barreira na Constituição Federal.

Note-se que, do ponto de vista jurídico, não se pode excluir o acesso à Justiça e aos meios inerentes à busca da tutela jurisdicional efetiva. No entanto, assim como a municipalidade na parábola poderia ter limitado o número de ovelhas por família ou simplesmente taxado o pastoreiro, a lei brasileira pode criar regras que promovam a *internalização das consequências negativas do uso* da atividade jurisdicional, diminuindo a ânsia no ajuizamento de novas demandas ou estimulando comportamentos que levem os processos pendentes a terminar mais rapidamente².

Nesses termos, o reconhecimento da necessidade de modulação dos efeitos da decisão - em razão do impacto da decisão nas finanças dos Estados, da edição de leis pelos Estados, das expectativas de geração de receitas da preservação do exercício financeiro e das repercussões relevantes nas contas públicas -, denota que a tese seja apenas aplicada no marco temporal prospectivo, sem retroação, com o que, além de se evitar a desorganização orçamentária-financeira-administrativa dos entes federativos que, em última *ratio*, protege e possibilita a prestação de serviços públicos essenciais, evita-se também a anunciada *tragédia da justiça*, como exposto pelo e. Min. Luiz Fux no prefácio da obra referenciada, que reflete e se aplica inteiramente à presente demanda constitucional-federativa.

Daí que, subsídio normativo novamente aplicável é o quanto disciplina a LINDB no art. 24:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

trabalho. O que causa a tragédia é a evidente divergência entre os incentivos públicos e privados ao uso da terra. Enquanto do ponto de vista social seria interessante preservar parte da gleba para proporcionar sua contínua renovação, do ponto de vista privado cada família deseja colocar cada vez mais ovelhas na gleba, aumentando, assim, seus rendimentos. De outro lado, de nada adiantaria apenas uma ou duas famílias conscientizarem-se do problema. É preciso uma *ação coletiva organizada* de um grande número de famílias. Sem essa *coordenação da coletividade*, as *externalidades* causadas pela utilização do pasto acabem levando ao seu esgotamento. É esse o trágico fim dos *bens comuns*". (grifos no original)

² WORKART, 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, p. 92.



Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em **atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial** ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por **prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.**”

Ou seja, considerando as situações jurídico-tributárias já consolidadas e constituídas com base em entendimento que, inclusive, se lastreia na jurisprudência dos tribunais nacionais, é que a modulação proposta, com a ressalva das ações ajuizadas até a publicação da ata de julgamento não se mostra adequada e contrária, com o devido respeito, as novas disposições da LINDB que objetiva dar segurança jurídica na aplicação do direito público.

Nessa demanda de repercussão geral se tem presente, na esteira do art. 24 da LINDB, atos jurídicos de tributação com produção já exauridos e situações plenamente constituídas, baseadas em leis reconhecidas constitucionais pelos Tribunais de Justiça o que, no próprio Supremo Tribunal Federal o tema era praticamente pacífico no sentido de se tratar de questão infraconstitucional, não passível de análise pelo Suprema Corte, até então ser admitida a repercussão geral.

Em síntese, em qualquer dos casos de modulação de efeitos, **os Estados requerem que não sejam ressalvados os processos judiciais em curso. Isto é, requerem que, havendo ressalva dos mesmos, que o resultado do julgamento se projete para os fatos geradores futuros.**

O volume de processos já em curso no Judiciário brasileiro, nos quais se discute o tema aqui em debate, é enorme, e representa significativo impacto financeiro, impossível de ser honrado pelos Estados sem que haja sério desequilíbrio econômico de suas programações orçamentárias, especialmente se considerada a iminente perda de arrecadação e necessária reorganização das prioridades de atuação estatal.

Além disso, o início do julgamento do presente Tema 745 se deu em fevereiro de 2021, 09 meses atrás, e nesse intervalo o número de processos ajuizados a respeito do assunto foi crescente, movimento involuntariamente incentivado pelos precedentes dessa e. Corte, a exemplo da ADI 5469, RE 1287019 e 605552, que previram na modulação de efeitos a ressalva dos casos judicializados.

No presente feito, entretanto, referida ressalva representa impacto financeiro exacerbado, pois a matéria tem sido objeto de judicialização em massa, veiculada por peças



processuais padrão e repetidas, prática jurídica com nítido caráter oportunista, adotada por um sem número de contribuintes que buscam, antecipadamente, se furta da possível modulação de efeitos a ser aplicada pela Corte.

Tomando-se mais um Estado da federação como exemplo, tem-se que a ressalva dos processos judicializados representa, somente para o Estado do Rio de Janeiro, a obrigação de restituir aos contribuintes, em juízo (repetição do indébito), montante superior a R\$-1,5 bilhões de reais.

Ou seja, além de deixar de arrecadar, por ano, algo em torno de R\$-2,3 bilhões de reais, o Estado do Rio de Janeiro teria que honrar dívida judicial superior a R\$-1,5 bilhões de reais, relativamente aos processos já em curso, na hipótese de a modulação de efeitos ressalvar os casos judicializados.

Ainda no exemplo do Estado do Rio de Janeiro, atualmente existem aproximadamente 5.000 (cinco mil) processos judiciais em tramitação, versando sobre o Tema 745/RG. Ao final de 2020 o número de processos judicializados era, aproximadamente, de 3.500 (três mil e quinhentos) processos, que representavam um impacto de R\$-1.451.439.000,00 (um bilhão, quatrocentos e cinquenta e um milhões, quatrocentos e trinta e nove mil reais). Dez meses depois, o Estado carioca é réu em mais 1.500 novos processos, com perspectiva de dívida judiciária muito superior àquela apurada ao final do ano passado.

A modulação de efeitos, como se vê, e com todo o respeito, não deve ressalvar os processos judicializados e merece se projetar, integralmente, para as situações futuras, de forma que os efeitos do julgado, mesmo para os processos já em curso no Judiciário, alcancem, tão-somente, os fatos geradores futuros, impedindo-se, dessa forma, as repetições de indébito.

3.2.1 ISONOMIA QUE DEVE SER CONCRETIZADA COM CRITÉRIOS OBJETIVOS

Dessa forma, os Estados brasileiros defendem que não deve haver ressalva à modulação de efeitos. Contudo, se assim não entender essa e. Corte, eventual ressalva de casos judicializados deve considerar **data específica** – e não a publicação da ata, que sequer ocorreu até o momento.

Os Estados petionantes consideram que eventual ressalva da modulação de



efeitos somente pode considerar as ações ajuizadas até o INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO VIRTUAL, ocorrida em 05 fevereiro de 2021. Lembre-se que o presente feito seguiu em julgamento durante praticamente todo o ano forense, sendo incluído e retirado do Plenário Virtual, com sinalização de votos disponibilizados e com ciência dos contribuintes, que tiveram meses para se organizar e correr ao Judiciário, na esperança da repetição do indébito acobertada pela ressalva de modulação.

Sucessivamente, os Estados entendem que a ressalva à modulação deva ter como marco temporal, se não o início da sessão virtual ocorrida em fevereiro de 2021, no máximo, o dia em que todos os votos foram incluídos no Plenário virtual, isto é, 22 de novembro de 2021. Após essa data, já era de todo conhecida a orientação dessa e. Corte a respeito do assunto, revelando-se a mais absoluta má-fé dos contribuintes que ajuizaram suas demandas já no intuito de garantir a repetição do indébito, conhecedores do resultado do julgamento.

A fixação objetiva do marco temporal (data específica da sessão de julgamento) prestigia a isonomia entre todos os contribuintes e preserva a boa-fé processual.

Já a ressalva da modulação para ações ajuizadas até a data da publicação da ata de julgamento (que sequer ocorreu até o momento) privilegia litigantes habituais, litigantes profissionais e que detém melhores condições informacionais. No quadro assim delineado, a proposta de modulação acaba por afastar contribuintes que, embora estejam na mesma situação fático-jurídica, não serão beneficiados com a aplicação da tese. Evidente, portanto, o tratamento não uniforme e em desacordo com tratamento isonômico entre todos que se encontram atingidos pela decisão. Há nítido privilégio informacional de grandes litigantes.

Dessa forma, e sucessivamente, requerem os Estados da federação que seja reconhecido como marco temporal para a ressalva da modulação às ações ajuizadas:

(i), a data do reconhecimento da repercussão geral, em **12.06.2014**. A partir de então se deu conhecimento, ao menos para a comunidade jurídica, do debate constitucional sobre o tema, que poderia redundar em uma tese vinculante;

(ii) a data limite em que se admitiu o ingresso de *amicus curiae*, em **16.12.2020**. Dessa forma, é possível obstar, também, uma corrida desigual dos litigantes habituais e com melhores condições informacionais após a ciência da pauta do julgamento;

(iii) a data do início do julgamento, em **05.02.2021**;



(iv) a data do lançamento do último voto na sessão virtual do Pleno **22.11.2021**.

No entanto, todos esses marcos temporais, além do proposto pelo e. Min. Dias Toffoli (publicação da Ata), não são isonômicos, porquanto privilegiam e incentivam a judicialização e discriminam contribuintes em detrimento de outros que assim não se pautaram.

Emerge, então, a necessária irretroatividade da tese, a necessária preservação da tutela da confiança legítima dos Estados na tributação que lhes eram exercidas, principalmente pelos diversos precedentes judiciais que lhes eram favoráveis.

Trata-se, a rigor, a definição da tese do presente Recurso Extraordinário, de verdadeiro *overruling* que, para tanto, deve, na esteira do § 4º, do art. 927 do Código de Processo Civil, considerar os “princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

A tese definida compele uma readequação da base tributária e do planejamento público, orçamentário, financeiro e administrativo dos Estados, mas, também, dos setores privados. A isonomia entre contribuintes não pode – até para manter a concorrência entre os agentes do mercado (CF, art. 170, IV) –, privilegiar pessoas e empresas que tem poder econômico para acompanhar a demanda, em detrimento de outras que, na mesma situação jurídica-tributária, não tem as mesmas condições e capacidades.

Disso decorre a necessidade de um critério modular uniforme, objetivo e isonômico que não perpassa por situações privilegiadas de determinados setores da economia.

4. PEDIDOS

Ante o exposto, os Estados peticionantes requerem a Vossas Excelências:

(A) QUANTO À MODULAÇÃO DE EFEITOS DO JULGADO:

(A.1) que haja modulação de efeitos prospectivos, para que a tese fixada tenha eficácia a partir do próximo Plano Plurianual, de forma a preservar a capacidade de arrecadação e as políticas públicas já planejadas pelos Estados-membros, e a fim de que haja tempo hábil para o planejamento e adequação das despesas, frente à significativa redução das receitas tributárias;



(A.2) sucessivamente, que haja modulação de efeitos prospectivos, para que a tese fixada tenha eficácia a partir das próximas leis orçamentárias (LDO e LOA para o exercício de 2023), preservando-se, dessa forma, a execução orçamentária programada e aprovada pelas leis que vigorarão no exercício de 2022, que foram projetadas com base na arrecadação com as alíquotas atualmente em vigor nos Estados-membros;

(B) QUANTO À RESSALVA DOS CASOS JUDICIALIZADOS:

(B.1) que não haja ressalva das ações ajuizadas a respeito do tema, evitando-se, dessa forma, a repetição do indébito de valores bilionários pelos Estados da federação, que já sofrerão significativo impacto financeiro com a queda de arrecadação futura;

(B.2) sucessivamente, caso venha a se ressaltar da modulação os casos judicializados, que seja considerado marco temporal objeto (*dia calendário*), o qual os Estados-membros indicam: a data de reconhecimento da repercussão geral (12/06/2014) ou a data de início de julgamento em plenário virtual (05/02/2021), eis que sinalizam o melhor cenário de boa-fé processual e de respeito à relevante atividade jurisdicional desempenhada por essa Suprema Corte, afastando-se a prática do oportunismo judicial.

Nestes termos, pedem e esperam deferimento.

Brasília, 25 de novembro de 2021

ALISSON DE BOM DE SOUZA:04090636906
36906

Assinado de forma digital por ALISSON DE BOM DE SOUZA:04090636906
Dados: 2021.11.25 18:10:35 -03'00'

ALISSON DE BOM DE SOUZA
Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina
OAB/SC 26.157

WEBER LUIZ DE OLIVEIRA:26792157880
2157880

Assinado de forma digital por WEBER LUIZ DE OLIVEIRA:26792157880
Dados: 2021.11.25 17:59:07 -03'00'

Weber Luiz de Oliveira
Procurador do Estado de Santa Catarina
OAB/SC 24.276

RODRIGO MAIA ROCHA
Procurador-Geral do Estado do Maranhão
Presidente do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal – CONPEG
OAB/MA 6469

VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA
PEREIRA:59707305215

Assinado de forma digital por VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA PEREIRA:59707305215
Dados: 2021.11.25 17:49:35 -03'00'

Viviane Ruffeil Teixeira Pereira
Procuradora do Estado do Pará
Presidente da Câmara Técnica do CONPEG
OAB/DF 53.464

Terceira seção

Estatísticas

INFORMAÇÕES ESTATÍSTICAS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA 2021-2022

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

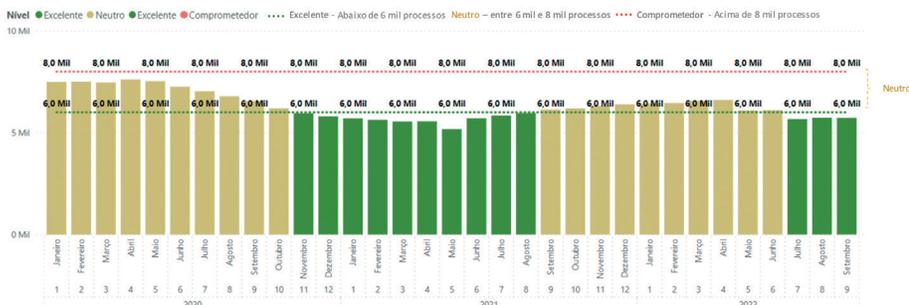
de cobrança judicial e administrativa de débitos inscritos em dívida ativa empreendido pela PGE, propiciando o planejamento de novas ações e projetos que possam impactar positivamente o resultado.

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 na Saúde



Litigiosidade da Saúde



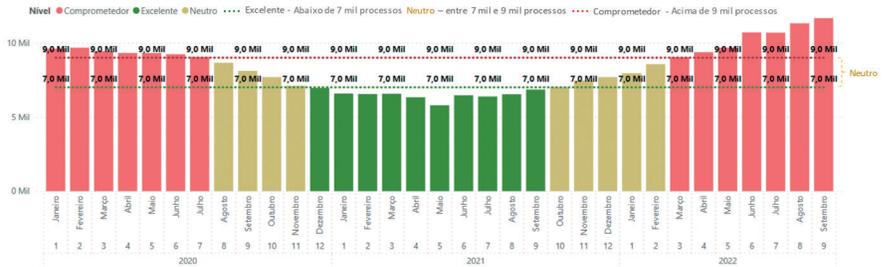
Este indicador é medido pela quantidade de novos processos judiciais envolvendo litígios na área da saúde nos últimos 12 meses

- 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 Litigiosidade Administrativa



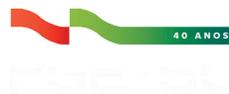
Litigiosidade Administrativa



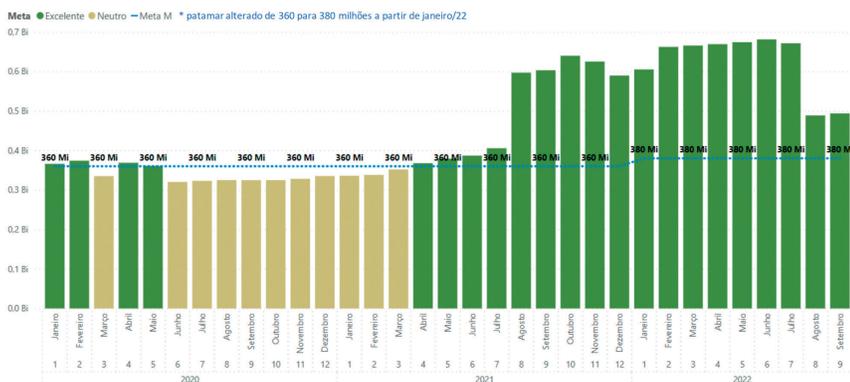
Este indicador é medido pela quantidade de novos processos judiciais envolvendo servidores públicos e contratos administrativos nos últimos 12 meses.

- 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 Arrecadação da Dívida Ativa



Arrecadação da Dívida Ativa



Este indicador é medido pelo valor arrecadado da dívida ativa nos últimos 12 meses (em milhões de Reais)

- Nível de Excelência de jan/2019 a dez/2021: acima de R\$ 360 milhões
- Nível de excelência a partir de jan/2022: R\$ 380 milhões
- Nível de Mercado de jan/2019 a dez/2021: entre R\$ 300 milhões a R\$ 360 milhões
- Nível de Mercado a partir de jan/2022: R\$ 300 a R\$ 380 milhões
- Nível Comprometedor ao longo de todo período: abaixo de R\$ 300 milhões

APÊNDICE

Indicador de Litigiosidade na Saúde

2021	Valor do Indicador	2022	Valor do Indicador
Janeiro	5699	Janeiro	6429
Fevereiro	5630	Fevereiro	6448
Março	5548	Março	6563
Abril	5555	Abril	6602
Mai	5175	Mai	6096
Junho	5701	Junho	6109
Julho	5838	Julho	5672
Agosto	5960	Agosto	5732
Setembro	6128	Setembro	5725
Outubro	6238		
Novembro	6317		
Dezembro	6392		

Indicador de Litigiosidade Administrativa

2021	Valor do Indicador	2022	Valor do Indicador
Janeiro	6570	Janeiro	7948
Fevereiro	6534	Fevereiro	8552
Março	6554	Março	9043
Abril	6331	Abril	9359
Maiο	5779	Maiο	9670
Junho	6448	Junho	10700
Julho	6374	Julho	10685
Agosto	6519	Agosto	11309
Setembro	6843	Setembro	11668
Outubro	7015		
Novembro	7447		
Dezembro	7681		

Indicador de Arrecadação da Dívida Ativa

2021	Valor do Indicador (em milhões de Reais)	2022	Valor do Indicador (em milhões de Reais)
Janeiro	336,10	Janeiro	605,07
Fevereiro	337,96	Fevereiro	662,13
Março	351,81	Março	665,53
Abril	367,75	Abril	669,01
Mai	379,24	Mai	674,7
Junho	386,85	Junho	681,9
Julho	405,55	Julho	671,34
Agosto	596,82	Agosto	488,63
Setembro	602,99	Setembro	493,74
Outubro	639,72		
Novembro	624,83		
Dezembro	589,53		

