ISSN 2319-0671

ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado

2023

ESTADO DE SANTA CATARINA
Procuradoria-Geral do Estado

REVISTA DA

Procuradoria-Geral do Estado

Volume 13, Número 1, Florianópolis, Dezembro de 2023

Revista da Procuradoria-Geral do Estado
Volume 13, Número 1, Florianópolis, Dezembro de 2023.

GABINETE DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Procurador-Geral do Estado – Márcio Luiz Fogaça Vicari
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos – André Emiliano Uba
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos – Ezequiel Pires

CORREGEDORIA-GERAL
Corregedor-Geral – Luiz Dagoberto Corrêa Brião

CENTRO DE ESTUDOS
Procuradora-Chefe – Fabiana Guardini Nogueira

ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO CENTRAIS
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica – André Filipe Sabetzki Boeing
Procuradora-Chefe da Procuradoria do Contencioso – Flávia Dreher de Araújo
Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal – Ricardo de Araújo Gama

Comissão Editorial
João Paulo de Souza Carneiro (Coordenador)
Célia Iraci da Cunha
Diogo Marcel Reuter Braun
Elizabete Andrade dos Santos
Jocélia Aparecida Lulek
Loreno Weissheimer
Nataniel Martins Manica
Rodrigo Roth Castellano
Ronan Saulo Robl
Thiago Aguiar de Carvalho

Editora-Chefe da Revista
Claudia Regina Castellano Losso
Editor-Adjunto da Revista
Juliano Zimmermann
Projeto Gráfico e Diagramação
Annye Cristiny Tessaro (Koru Editorial)
Revisão de texto e Normalização ABNT
Patricia Regina da Costa
Fotos da capa
Unsplash – banco de imagens

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

Santa Catarina. Procuradoria-Geral do Estado
Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v. 13, n. 1. – Florianópolis, SC : Procuradora-Geral do Estado – PGE/SC, 2023.

Vários colaboradores.

ISSN 2319-0671

1. Advocacia pública – Brasil. 2. Direito administrativo. 3. Direito tributário. 4. Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina. I. Título.

11-2023/19 CDU 34(81)

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil: Advocacia pública: Direito 34(81)
Aline Graziele Benitez – Bibliotecária – CRB-1/3129

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

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

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA (PGE-SC)
Av. Osmar Cunha, 220 – Edifício JJ Cupertino Medeiros – Centro
Florianópolis, SC – CEP 88015-100
E-mail: revistapge@pge.sc.gov.br

Editorial

A 13ª edição da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina* marca não apenas mais um capítulo em nossa trajetória, mas também o início de uma significativa transição. Em sintonia com a dinâmica contemporânea, anunciamos com entusiasmo que estamos em processo de migrar para um novo patamar: a revista está trilhando seu caminho rumo ao formato eletrônico.

Essa evolução redefine o modo como compartilhamos conhecimento e representa um compromisso renovado com a excelência, elevando nossa publicação para atender aos padrões exigentes de um periódico profissional-científico. Em meio ao dinamismo da inovação e à solidez da seriedade científica, buscamos oferecer à comunidade jurídica reflexões instigantes sobre diversos aspectos do Direito, consolidando, assim, nossa posição como uma fonte confiável de *insights* e análises. Estamos ansiosos para compartilhar essa jornada eletrônica com nossos leitores, abraçando as possibilidades que o futuro digital nos reserva. Como de costume, a publicação está estruturada em três seções.

Na primeira seção, constam 16 artigos elaborados por operadores do Direito, abordando assuntos desafiadores à luz de novas perspectivas e enriquecendo o debate sobre temas jurídicos contemporâneos, notadamente nas áreas do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Tributário e do Direito Ambiental.

Na segunda seção, há a reprodução da petição de Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria-Geral do Estado nos autos 2012.044003-56, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que se qualifica como peça histórica por dois motivos: porque consignou os argumentos que evitaram um prejuízo de cerca de R$ 5 bilhões aos cofres públicos estaduais e porque serviu de base para a tese firmada

pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Tema 1094, que trata do ICMS na importação de bens e mercadorias.

Por fim, a terceira seção da revista divulga dados estatísticos concernentes ao trabalho prestado pela instituição à sociedade catarinense.

Com essas três seções, a publicação ora apresentada abre discussões sobre temas do futuro, celebra vitórias do passado e presta contas da atuação da Procuradoria-Geral do Estado no presente.

Boa leitura!

Comissão Editorial

Mensagem do Procurador-Geral do Estado

A 13ª edição da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado* de Santa Catarina apresenta 16 artigos elaborados por diferentes profissionais da área jurídica, entre Procuradores do Estado de Santa Catarina e da Bahia, da Procuradoria do Município de Florianópolis, além de servidores do Poder Executivo.

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

A edição de 2023 apresenta textos que estabelecem relações entre o Direito e as questões sobre meio ambiente e sustentabilidade. Uma das missões da PGE-SC é fomentar a discussão sobre assuntos relevantes para os catarinenses em alto nível intelectual, a fim de contribuir para a coesão social, o desenvolvimento sustentável e a viabilização de políticas públicas para as pessoas.

Com um agradecimento especial a todos os que atenderam ao convite para participar da 13ª edição, bem como aos colaboradores que se empenharam para concretizar a edição de 2023 da Revista da PGE de Santa Catarina, desejo a todos uma boa leitura!

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

Sumário

Primeira seção | Artigos

A Desapropriação de Imóveis Rurais para a Realização de Obras de Infraestrutura e o Necessário Enfrentamento das Demandas Decorrentes do Procedimento Expropriatório 13
Ana Carla Pires Meira Cardoso
Cláudia Zacarias Almeida Medici

Fazenda Pública e a Intimação da Testemunha à luz do Artigo 455 do CPC: necessidade de tratamento isonômico entre Advocacia Pública, Ministério Público e Defensoria Pública 35
Diogo Marcel Reuter Braun
Nataniel Martins Manica

A Mudança Paradigmática na Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais Provocada pelos Processos de Globalização e Transnacionalidade 51
Rafael do Nascimento

A Reforma Fiscal Verde – Breves Apontamentos sobre o Panorama Europeu e a Viabilidade de sua Implementação no Brasil 71
André Doumid Borges
Nataniel Martins Manica
Rodrigo Diel de Abreu

Advocacia Pública Extrajudicial: um olhar sobre a concretização do acesso à justiça e aos direitos 97
Marcelo Adriam de Souza

Agências Reguladoras: desafios no contexto brasileiro 129
Evelyn Nunes de Melo Franzen
Guilherme Aleandro Campestrini

Crowdfunding: desburocratização do financiamento eleitoral sob a perspectiva da participação e liberdade 145
Evelyn Nunes de Melo Franzen
Cryslan Jojan de Moraes

Desjudicialização e Sustentabilidade: análise do programa de incentivo à desjudicialização e ao êxito processual (PRODEX) do Estado de Santa Catarina ... 163
Alisson de Bom de Souza
Sérgio Laguna Pereira

Do Aspecto Psicológico da Obsolescência que leva ao Hiperconsumo de Produtos da Indústria Têxtil: o descarte irregular de roupas e resíduos da produção e a formação de "lixões" em países em desenvolvimento 187
André Doumid Borges
José Hamilton Rujanoski

Do Normativo ao Transcendente: a importância do conceito de dignidade do ser humano para superar as crises de relação entre homem, a natureza e o estado..... 211
Eduardo Zanatta Brandeburgo
Heloise Siqueira Garcia

Infraestrutura Verde 239
Alisson de Bom de Souza

O Julgamento da ADPF 708 (Fundo Clima) pelo STF Brasileiro na Perspectiva do Direito Constitucional Contemporâneo 269
Evandro Régis Eckel
Ricardo Stanziola Vieira

O Papel das Corporações Transnacionais na Regulação do Dano Ambiental Transnacional 307
Felipe Wildi Varela
Maykon Fagundes Machado

O Protagonismo da Extinta Audiência de Conciliação Administrativa no Processo Administrativo Sancionador 325
Fernando Sartori

Tributação da Economia Digital 351
Heloise Siqueira Garcia
José Hamilton Rujanoski

Writ of certionari: da sua origem à US Supreme Court e sua aplicabilidade ao Superior Tribunal Federal 369
Bruno de Macedo Dias
Ligia Janke

Segunda seção | Peça Histórica

Em 2016, atuação da PGE-SC evitou prejuízo de R$ 5 bilhões ao provar constitucionalidade de tributo em processo que inaugurou jurisprudência no STF 397

Terceira seção | Estatísticas

Informações Estatísticas da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina 2022-2023 413

Primeira seção

Artigos

A Desapropriação de Imóveis Rurais para Realização de Obras de Infraestrutura e o Necessário Enfrentamento das Demandas Decorrentes do Procedimento Expropriatório

Ana Carla Pires Meira Cardoso[1]
Cláudia Zacarias Almeida Medici[1]
[1]Procuradoria-Geral do Estado, Salvador, BA, Brasil

Resumo

O presente artigo teve por objetivo demonstrar que a desapropriação amigável de pequenos imóveis rurais para a realização de grandes obras de infraestrutura revela-se como alternativa viável mesmo nos casos em que não há comprovação do regular destaque da área pretendida do patrimônio público e, pois, do seu regular ingresso no patrimônio privado. Outrossim, das desapropriações procedidas pelo Poder Público, não devem surgir violação e sacrifício a direitos fundamentais dos administrados. As reflexões aqui expendidas visam a dirimir questões que podem surgir durante o procedimento expropriatório, pautando-se no atendimento do interesse público e no respeito à dignidade humana, sem descuidar da proteção adequada e eficiente do patrimônio público estadual.

Palavras-chave: Desapropriação amigável; Obras de infraestrutura; Interesse público; Eficiência; Dignidade humana.

The Expropriation of Rural Properties for the Carrying Out of Infrastructure Works and the Necessary Addressing of Demands Arising from the Expropriation Procedure

Abstract

This article aimed to demonstrate that the consensual expropriation of small rural properties to carry out large infrastructure works proves to be a viable alternative even in cases where there is no proof of the regular highlighting of the intended area of public property and, therefore, of its regular entry into private equity. Furthermore, expropriations carried out by the Public Power must not result in violation or sacrifice of the fundamental rights of those administered. The reflections outlined here aim to resolve issues that may arise during the expropriation procedure, based on serving the public interest and respecting human dignity, without neglecting the adequate and efficient protection of state public assets.

Keywords: *Consensual expropriation; Infrastructure works; Public interest; Efficiency; Human dignity.*

1 Introdução

No Estado da Bahia, a identificação e a preservação do patrimônio público estadual, especificamente, das terras devolutas, constituem demanda a ser alcançada com necessária eficiência e zelo.

Por sua vez, obras de infraestrutura vêm sendo realizadas pelo Poder Público Estadual, demandando, por conseguinte, intensa atuação da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia (PGE-BA) em face do exponencial crescimento dos processos de desapropriação de pequenas áreas de imóveis rurais que se mostram necessárias à implantação de grandes projetos de infraestrutura.

Durante a instrução desses procedimentos, é possível identificar, contudo, que a maioria dos ocupantes das áreas a serem expropriadas não apresenta certidão de cadeia dominial apta a demonstrar que o imóvel declarado de utilidade pública fora, na sua origem, regularmente destacado do patrimônio público. Tal fato dá ensejo ao surgimento de dúvida quanto à devolutividade dessas terras, levando, assim, à necessidade de abertura de procedimento discriminatório antes de prosseguir-se com a desapropriação já em curso.

Sucede que, muitas vezes, o custo pela espera da conclusão do procedimento administrativo discriminatório aberto pelo órgão fundiário estadual tem se revelado para o Poder Público superior ao custo da desapropriação da área com a inclusão do valor da terra nua no montante da indenização a ser paga. Ademais, cabe registrar que os procedimentos discriminatórios administrativos, na maioria dos casos, apresentam elevada probabilidade de judicialização.

Destaque-se ainda que, em não poucas situações concretas, também se tem revelado necessário incluir, no valor da indenização, um valor social a ser pago ao expropriado, como forma de garantir-lhe o direito à moradia e, pois, à própria dignidade humana que lhe é constitucionalmente assegurada.

A constatação dessa realidade, portanto, motiva a elaboração do presente artigo, que objetiva demonstrar que, nos casos de pequenos imóveis rurais, a desapropriação amigável é alternativa viável para possibilitar a efetivação de relevantes projetos de infraestrutura desenvolvidos pelo Poder Público estadual sem onerar em demasia o

erário. Em última análise, a desapropriação amigável poderá constituir alternativa que melhor atenderá o desenvolvimento econômico e social, inclusive garantindo ao expropriado a dignidade que a própria Constituição Federal lhe assegura.

2 Situação Fundiária do Estado da Bahia

A reconhecida extensão continental do Estado da Bahia traz grandes desafios, especialmente no que se refere à regularização fundiária dos imóveis rurais nele existentes.

No território baiano, de enorme dimensão, pode-se encontrar inúmeras comunidades tradicionais (entre elas, as comunidades de fundos e fechos de pastos e comunidades quilombolas) que convivem com pequenos agricultores familiares e com grandes empreendimentos do agronegócio.

A ausência de discriminação de todas as terras devolutas estaduais, por sua vez, tem gerado um grande problema nos procedimentos de desapropriação amigável de pequenas áreas necessárias para a concretização dos projetos de infraestrutura. A dificuldade aludida concerne à inexistência de comprovação do regular destaque do patrimônio público e do regular ingresso no patrimônio particular do imóvel a ser desapropriado.

Não obstante ter o Constituinte Estadual determinado, no artigo 38 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 5 de outubro de 1989, que o Estado da Bahia, no prazo de três anos da promulgação da Constituição, deveria promover ações discriminatórias das terras devolutas rurais, o Poder Público Estadual ainda não concluiu, na sua totalidade, o dever que lhe fora imposto.

A inexistência de apresentação de uma cadeia sucessória de proprietários na sua integralidade, apta para identificar um título original emitido pelo Poder Público, tem sido frequente nas desapropriações em curso.

Nesse contexto, exsurge a discussão sobre a possibilidade de o Poder Público expropriar pequenas áreas com indícios de devolutividade

sem proceder à abertura de procedimento discriminatório e, assim, incluir no valor da indenização a ser paga ao expropriado, além do valor das benfeitorias existentes no imóvel, também o valor da terra nua.

Tal questionamento ganha relevância no atual cenário jurídico, tendo em vista que a jurisprudência pátria tem sido uníssona no entendimento de que cabe ao ente público o ônus de comprovar a devolutividade de determinada gleba mediante a abertura de procedimento discriminatório.

De acordo com o entendimento jurisprudencial, inclusive do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), não se configura suficiente para qualificar determinada gleba como terra devoluta a mera ausência de registro em Ofício Imobiliário se o imóvel se acha sob a posse do particular.

Do mesmo modo, e por maior razão, também permanece para o ente público o ônus da prova da devolutividade da terra quando o imóvel já possui matrícula aberta, apesar de inexistente título originário advindo do Poder Público que demonstre a regularidade do destaque do domínio.

Assim, em alinhamento com a própria jurisprudência dos Tribunais, a abertura de procedimento discriminatório se impõe para a identificação das terras devolutas, porquanto configura-se como instrumento jurídico apto a verificar, identificar, demarcar e separar as terras devolutas daquelas que já foram regularmente destacadas do patrimônio público e incorporadas ao patrimônio privado.

Ocorre que a realização de procedimento discriminatório, na maioria das vezes, revela-se incompatível com a necessidade de célere liberação da área declarada de utilidade pública para implantação de determinado projeto de infraestrutura pretendido pelo Poder Público. Aliado a isso, as discriminatórias iniciadas administrativamente, de regra, são judicializadas, prolongando, assim, o tempo de conclusão do procedimento expropriatório.

Diante do exposto, há que se ponderar os interesses envolvidos no intuito de se obter, nos casos concretos, solução que não negligencie a adequada proteção do patrimônio público e, ao mesmo tempo, que resguarde e assegure direitos e legítimas pretensões do proprietário do imóvel declarado de utilidade pública para fins de desapropriação.

3 Aspectos do Procedimento de Desapropriação Amigável

A matéria relativa à desapropriação tem assento constitucional no artigo 5º, XXIV, da Constituição da República de 1988, que determina que "[...] lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição" (Brasil, 1988).

O instituto jurídico da desapropriação decorre do princípio que assegura a supremacia do interesse público, configurando meio originário de aquisição de propriedade por meio do qual o Poder Público retira determinado bem do domínio privado e o incorpora ao seu próprio patrimônio, podendo efetivar-se tanto por utilidade pública como por interesse social.

Uma vez editado o decreto expropriatório, não há para o expro-priado a possibilidade de discussão acerca da pertinência da desapropriação da área ali indicada, restando apenas a definição quanto à justa indenização que lhe será devida.

O processo de desapropriação se inicia por meio da fase declaratória, que se perfaz mediante a edição de decreto expropriatório (ato administrativo anunciador da desapropriação). Entretanto, os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com os da desapropriação em si mesma. A declaração de utilidade pública ou de interesse social é apenas o ato-condição que precede a efetiva transferência do bem do domínio privado para o domínio do Poder Público expropriante.

A fase executória, por sua vez, constitui aquela na qual são adotados os procedimentos necessários para o pagamento da indenização correspondente e para a transferência da propriedade do bem.

Após declarada a utilidade pública ou o interesse social do imóvel submetido à força expropriatória, faz-se ainda necessário um procedimento administrativo (se amigável a desapropriação) ou judicial para a transferência da sua propriedade ao Poder Público.

Nos dizeres do professor José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 824):

> Podemos dividir o procedimento em duas grandes fases: a *fase declaratória* e a *fase executória*. Na fase declaratória, o Poder Público manifesta sua vontade na futura desapropriação; na fase executória, adotam-se as providências para consumar a transferência do bem.

Para que a fase executória da desapropriação se realize pela via administrativa, impõe-se a demonstração da regularidade documental do imóvel a ser desapropriado, bem como a existência de acordo entre o expropriante e o expropriado no que tange ao valor da indenização a ser paga pelo Poder Público. Inexistindo acordo, a desapropriação será judicializada.

Quando a documentação do imóvel apresentada pelo expropriado é submetida ao exame do Poder Público e se verifica que há indícios de devolutividade da gleba declarada de utilidade pública ou de interesse social para fins de desapropriação, surge o impasse concernente ao valor da indenização a ser paga.

Isso porque, não havendo a comprovação do regular destaque da área do patrimônio público, o Poder Público oferta valor relativo às benfeitorias úteis e necessárias, não englobando, contudo, o valor da terra nua, o que, na maioria dos casos, não é aceito pelo particular. Surge então o impasse.

Havendo impasse quanto ao valor da indenização, restará prejudicado o ajuste amigável entre expropriado e expropriante, sendo necessária, em tese, a abertura de procedimento discriminatório para comprovar a devolutividade da terra.

A realização de procedimento discriminatório, entretanto, demanda tempo para ser concluído, e a demora na liberação da área, de regra, impactará de modo significativo nos custos da obra de infraestrutura projetada pela Administração. O tempo, nesses casos, constituirá aspecto relevante a ser considerado, pois a sua delonga poderá resultar no aumento desnecessário dos gastos inicialmente projetados pelo Poder Público, configurando mal uso do dinheiro público.

A construção de uma estrada, por exemplo, envolve a desapropriação de diversas pequenas áreas ocupadas por distintos particulares. Apesar de realizado um trabalho inicial de pesquisa de campo para a identificação dos ocupantes dos imóveis declarados de utilidade

pública e de realizado um cuidadoso e prévio trabalho de pesquisa e coleta de documentação cartorária junto aos Ofícios de Registro de Imóveis, o Poder Público, por vezes, é surpreendido por situações não previstas e não mapeadas das quais costumam surgir impasses que poderão resultar em relevantes atrasos na execução de obras e projetos já em andamento.

Mas não é só. O impasse quanto ao valor da indenização a ser ajustado entre o Poder Público expropriante e o administrado expropriado também poderá surgir da necessidade de efetivo incremento desse montante considerando-se, para tanto, um valor social a ser definido e pago pela Administração como forma de garantir e assegurar dignidade àqueles que terão seus imóveis expropriados para a execução de obras que beneficiarão toda a comunidade.

Todos esses aspectos, portanto, deverão ser considerados pela Administração nos procedimentos expropriatórios que promove para viabilizar a execução e o prosseguimento de grandes obras e projetos de infraestrutura que impactarão diretamente determinada comunidade, trazendo-lhe benefícios econômicos e sociais.

4 A Desapropriação de Imóveis Rurais para Realização de Obras de Infraestrutura e o Custo da Demora

Como visto, o custo decorrente da espera da conclusão de um procedimento discriminatório a ser realizado pelo órgão fundiário estadual, inclusive com elevada probabilidade de judicialização nos casos concretos, poderá apresentar-se bastante significativo para o Poder Público expropriante.

Diante disso, questiona-se quais alternativas surgem para o Poder Público nas hipóteses de não comprovação do regular destaque do bem do patrimônio público e do seu regular ingresso no patrimônio do expropriado, especialmente quando se trata de obras de infraestrutura de grande vulto.

A elevação dos custos decorrentes da paralisação e da desmobilização de equipamentos e máquinas utilizados para realização das

obras, bem como do não aproveitamento de mão de obra já contratada para a execução dos serviços, constitui circunstância que deve ser avaliada para solução dos casos concretos. Além disso, o atraso na conclusão das obras de infraestrutura pode impactar outros projetos já em andamento e que geram renda e empregos para o Estado.

É importante avaliar se o valor despendido com o procedimento discriminatório, juntamente com o custo gerado pela demora na liberação da área, não são superiores ao valor que será desembolsado para pagamento da indenização de área a ser expropriada com inclusão do valor da terra nua, ainda que não apresentada cadeia dominial válida do imóvel.

Imprescindível ressaltar que são áreas rurais pequenas, ocupadas e beneficiadas por particulares, áreas que possuem matrículas abertas nos Cartórios de Registros de Imóveis competentes, mas que não possuem, todavia, uma cadeia dominial que demonstre a existência de um título originário advindo do Poder Público apto a comprovar a regularidade do destaque do bem do patrimônio público e do seu ingresso no patrimônio privado.

A análise de tais casos, portanto, deve ser realizada com observância do princípio da eficiência, da economicidade e do próprio interesse público.

Quanto ao denominado interesse público, a propósito, o professor Marçal Justen Filho (2008, p. 64-65) já ressaltou a sua inegável fluidez conceitual, esclarecendo que:

> Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo "o interesse público". [...]
>
> Assim, o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado (como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário,

> representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público.

No mesmo sentido é a conclusão formulada por Gustavo Binenbojm (2007, p. 148):

> A despeito da dificuldade em torno da caracterização do que seja interesse público, conceito jurídico indeterminado por excelência, pode-se afirmar que a expressão aponta, em sentido lato, para os fundamentos, fins e limites a que se subordinam os atos e medidas do Poder Público.
>
> Nesse contexto, os valores encampados constitucionalmente, tidos como paradigmas da ordem jurídica, representam interesses públicos, ou seja, diretrizes efetivamente vinculantes para a máquina estatal.

Pois bem. A necessidade de evitar-se a elevação dos custos da obra por meio da sua paralisação e, por conseguinte, a necessidade de efetivo cumprimento do cronograma previamente estabelecido para a sua realização podem conduzir à urgência na liberação da propriedade rural declarada de utilidade pública.

Desse modo, o que se evidencia é que a espera pela instauração e conclusão de um procedimento discriminatório administrativo a fim de comprovar suposta devolutividade de determinada área objeto de decreto expropriatório poderá revelar-se economicamente desvantajosa para a Administração Pública, causando indesejado atraso no andamento e na conclusão de importantes obras e projetos públicos que beneficiarão direta e indiretamente inúmeros habitantes de determinada localidade.

A propósito, também vale registrar que o Princípio da Eficiência, estabelecido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, impõe à Administração Pública uma cuidadosa e diligente realização de suas atribuições, evitando-se sempre o desperdício de tempo e de dinheiro público, providência tão necessária nos dias atuais.

Como é cediço, o Princípio Constitucional da Eficiência visa a potencializar os resultados em toda e qualquer intervenção realizada pelo Poder Público em prol dos administrados. Sendo assim, é inegável e indiscutível que a relação custo-benefício deva ser considerada pela Administração em suas decisões, de modo que as suas escolhas se revelem condutoras dos melhores resultados a serem alcançados nos casos concretos que se apresentem.

Ao gestor público caberá agir sempre com necessária presteza, indispensável bom senso e firme responsabilidade quanto às escolhas que se lhe impõe efetuar quando diversos caminhos lhe sejam propostos para a solução de determinado problema, e a melhor escolha certamente será aquela que favorece a economicidade, garantindo e concretizando a maximização dos resultados e a minimização dos custos.

Sobre o Princípio da Eficiência, o ministro Alexandre de Moraes (2004, p. 320) assim já discorreu:

> [...] é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persuasão do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

No que tange à relação entre eficiência, eficácia e economicidade, também vale transcrever, por sua inegável precisão e por sua evidente lucidez, a lição de Marcelo Douglas de Figueiredo Torres (2004, p. 175):

> [...] esta última [a eficácia] é a concreção dos objetivos desejados por determinada ação do Estado, não sendo levados em consideração os meios e os mecanismos utilizados para tanto. Assim, o Estado pode ser eficaz em resolver o problema do analfabetismo no Brasil, mas pode estar fazendo isso com mais recursos do que necessitaria. Na eficiência, por sua vez, há clara preocupação com os mecanismos que foram usados para a obtenção do êxito na atividade do Estado. Assim, procura-se buscar os meios mais econômicos e viáveis,

> para maximizar os resultados e minimizar os custos. Em síntese: é atingir o objetivo com o menor custo e os melhores resultados possíveis.

O que se constata, portanto, é que a eficiência que se busca e que se deseja terá o seu foco sempre na obtenção do melhor resultado com o menor custo possível.

Aqui também vale transcrever o magistério do professor Juarez Freitas (2009), cujas lições elaboradas se mostram sempre oportunas e necessárias, e que, ao tratar do direito fundamental à boa administração pública, dispôs sobre a proporcionalidade em sentido estrito nos seguintes termos:

> [...] a cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, mas desproporcionais em relação ao custo/benefício. Sem incorrer no simplificador cálculo utilitário ou na mera análise econômica, a proporcionalidade em sentido estrito indaga pelo "preço a pagar". Vale dizer, faz a conta dos ganhos e perdas, ao apurar se os ônus não são desmensurados. Aqui, o princípio se entrelaça com os princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia (Freitas, 2009, p. 70-71).

Destarte, quando os prejuízos gerados por eventual atraso/paralisação das obras e dos projetos de infraestrutura realizados pelo Poder Público se sobrepõem claramente ao valor a ser despendido para o pagamento da indenização da terra nua aos ocupantes de pequenos imóveis rurais que possuem matrícula imobiliária aberta, a eficiência constitucionalmente imposta à Administração Pública autorizará a desapropriação da área com dispensa de prévio procedimento discriminatório, mesmo quando se verifiquem indícios de devolutividade.

Cabe enfatizar que, conforme aponta a remansosa e pacífica jurisprudência dos Tribunais, as referidas áreas, sempre que constituírem objeto de matrículas imobiliárias abertas em nome de proprietários privados, se configurarão como propriedades privadas, eis que eventual qualificação como terra devoluta do Estado demandará prévia e regular comprovação mediante procedimento discriminatório pelas razões aqui já expendidas.

5 A Desapropriação de Imóveis sem Regularidade Dominial Utilizados para Fins de Moradia e o Valor Social da Indenização

Além da situação anteriormente relatada acerca da regularidade do destaque do bem do patrimônio público e do seu regular ingresso no patrimônio privado, verificou-se, também, casos em que a área declarada de utilidade pública pelo Poder Público, ocupada pelo particular, não possui matrícula aberta no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Nessas hipóteses, como tais áreas não possuem nenhuma documentação que comprove o domínio do imóvel pelo possuidor do bem, o Poder Público estadual oferta aos ocupantes, como valor da indenização, e no intuito de viabilizar a desapropriação amigável, apenas o valor das benfeitorias úteis e necessárias.

Ocorre que, quando o bem é utilizado como moradia, a indenização apenas das benfeitorias nele existentes, na maioria das vezes, não possibilitará ao administrado a aquisição de outro imóvel e, portanto, o seu restabelecimento em local diverso, comprometendo, assim, a sua própria dignidade.

Surge então relevante aspecto a ser considerado pelo Poder Público expropriante e que concerne à efetiva necessidade de mensurar-se, em situações específicas e determinadas, como a aqui exposta, um valor social para as indenizações a serem pagas aos expropriados.

Ao Estado, pois, caberá efetivar necessário e importante sopesamento entre a reconhecida relevância dos grandes investimentos públicos de infraestrutura para o interesse coletivo, porquanto objetivam o desenvolvimento econômico e social da população, e o direito à moradia daqueles que, na condição de possuidores, vivem e moram na área a ser desapropriada. Há que ser resolvido, portanto, um relevante problema de caráter social, que envolve, em sua grande maioria, ocupantes de boa-fé e com baixo poder aquisitivo que vivem em áreas declaradas de utilidade pública para fins de desapropriação.

Aqui tem-se por oportuno transcrever, mais uma vez, o professor Juarez Freitas, cujo magistério é sempre valioso, e que assim assevera:

> O direito fundamental à boa administração pública, assimilado com rigor, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos de discricionariedade, a omissão, isto é, o não-exercício devido das competências discricionárias. De fato, o exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão). Em ambos os casos é violado o princípio da proporcionalidade, que determina ao Estado Democrático não agir com demasia, tampouco de maneira insuficiente, na consecução dos objetivos constitucionais.
>
> Desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio e, portanto, antijuridicidade. [...]
>
> Força notar que o princípio da proporcionalidade não estatui simples adequação meio-fim. Para ser preciso, a ofensa à proporcionalidade ocorre, não raro, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente dá prioridade indevida a um deles, em detrimento imotivado de outro. Não por mera coincidência, o princípio da proporcionalidade avulta no cotejo dos direitos fundamentais.
>
> Certo, há sacrifícios aceitáveis na aplicação do direito público. O vício ocorre na instauração do sacrifício iníquo. [...]
>
> O agente público, dito de outro modo, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais. Esta máxima é rigorosamente indescartável em sede de responsabilidade do Poder Público se se quiser que o Estado assegure a proteção efetiva do núcleo indisponível dos direitos fundamentais de todas as dimensões e a eficácia dos princípios constitucionais (Freitas, 2009, p. 64-66).

Verifica-se, pois, que os objetivos socialmente legítimos das grandes obras de infraestrutura realizadas pelo Poder Público encontram-se também vinculados ao aprimoramento do bem-estar de toda população. Por esse motivo, as comunidades diretamente afetadas pela

execução dessas grandes obras não poderão ser desalojadas sem que lhes sejam oferecidas condições mínimas de se restabelecerem em outro local, preservando-se, assim, o direito à moradia e, por consectário, a própria dignidade humana.

Em face desse contexto social e jurídico, cabe ao Poder Público o reconhecimento e a assunção da sua responsabilidade social para com as comunidades locais, sobretudo aquelas de baixa renda que serão diretamente atingidas pela implantação de determinada obra ou pela realização de determinado projeto de infraestrutura, inclusive em relação àquelas famílias que não disponham de justo título do imóvel a ser expropriado.

Por tais razões, se o valor estrito da avaliação procedida pelo Poder Público, em razão da sua modicidade, não permitir ao expropriado o seu restabelecimento em outro lugar com a aquisição de uma nova moradia, deixando-o, ao revés, em condição de vulnerabilidade, o pagamento de um valor social correspondente a um *plus* indenizatório atuará como necessário e relevante instrumento de garantia da dignidade humana e de justiça social.

Sobre a dignidade humana, aliás, André Ramos Tavares (2008, p. 536) enfatiza que:

> A Constituição de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º.
>
> Como se sabe, a opção constitucional brasileira, quanto à dignidade da pessoa humana, foi por considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º.
>
> Parece que o objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja, como anota Jorge Miranda, "fundamento e fim da sociedade", porque não pode sê-lo o Estado, que nas palavras de Ataliba Nogueira é "um meio e não um fim", e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 115), também ao tratar da dignidade humana, assim discorreu:

> [...] a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado [...]. Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade.

Nas desapropriações que realiza, portanto, o Poder Público deverá adotar um parâmetro de atuação jurídica e socialmente adequado à garantia da dignidade humana, criando condições que possibilitem àqueles que serão diretamente atingidos pelo procedimento expropriatório o pleno exercício da dignidade erigida pela Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Além disso, a judicialização de uma demanda envolvendo a garantia do direito à moradia de famílias de baixa renda arrastar-se-ia por anos, permitindo, por vezes, a manutenção dos moradores nas áreas ocupadas até o julgamento final da lide. Surge, desse modo, indesejado entrave para a conclusão das obras de infraestrutura, com significativo e prejudicial aumento dos custos envolvidos no projeto.

Dito isso, aspecto importante a ser aqui mencionado diz respeito à definição do valor social a ser pago em complemento ao valor da avaliação do bem declarado de utilidade pública pelo decreto expropriatório. É imprescindível que o Poder Público expropriante utilize critérios objetivos para estabelecê-lo, configurando o valor social um acréscimo ao valor correspondente ao da avaliação do bem quando a avaliação procedida resultar em montante ínfimo que inviabilize a aquisição de nova moradia.

O Poder Público, ao definir o valor social, deverá levar em consideração a situação financeira dos expropriados e as características

das residências das famílias que terão que se restabelecerem em outro lugar, tendo sempre como objetivo a garantia da dignidade humana.

Daí se extrai inclusive a importância do adequado planejamento da Administração quando esta pretender realizar grandes obras e projetos de infraestrutura que impactarão toda uma comunidade. A propósito, Gilberto Bercovici (2006, p. 146) realça que:

> [...] o planejamento, ainda, deve ser compreendido dentro do contexto de legitimação do Estado pela capacidade de realizar objetivos predeterminados (como os fixados pelo art. 3º da Constituição de 1988). O fundamento da ideia de planejamento é a perseguição de fins que alterem a situação econômica e social vivida naquele momento. É uma atuação do Estado voltada essencialmente para o futuro.
>
> O planejamento, embora tenha conteúdo técnico, é um processo político, especialmente nas sociedades que buscam a transformação das estruturas econômicas e sociais. Por meio do planejamento, é possível demonstrar a conexão entre estrutura política e estrutura econômica, que são interligadas.

À Administração Pública cumpre, portanto, adotar os necessários parâmetros para garantir o desenvolvimento econômico e social mediante a realização de importantes obras e projetos de infraestrutura, assegurando, todavia, a dignidade humana daqueles administrados que vivem em áreas declaradas de utilidade pública e nas quais as obras e os projetos mencionados se realizarão. Importante realçar que os valores dimensionados pelo Poder Público deverão contemplar e incluir os custos decorrentes da proteção necessária das famílias de baixa renda atingidas pelas desapropriações a serem procedidas. Caberá à Advocacia Pública, por sua vez, oferecer o direcionamento jurídico necessário para a elaboração e a realização das políticas públicas pertinentes.

6 A Atuação da Advocacia Pública nas Desapropriações Pretendidas pela Administração

É cediço que a Advocacia Pública constitui função essencial à Justiça, estando prevista na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 132. O referido dispositivo estabelece que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Cabem aos Advogados Públicos, portanto, a defesa dos interesses públicos atribuídos ao Estado.

Atento aos princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que incumbe ao Advogado Público uma atuação condizente e harmoniosa com a construção de um Estado Democrático de Direito, focada na justa conformação dos interesses da Administração Pública com os legítimos interesses e direitos dos administrados.

Nos dizeres de Roberto Luis Luchi Demo (2002, p. 2):

> Passado o momento do Estado autoritário, não é mais razoável fazer a comparação do advogado público como advogado do Governante, do príncipe. Essa noção ainda é corrente porque não nos desvencilhamos dos "anos de chumbo". O advogado público é advogado de um Estado Democrático de Direito e, em última análise, do povo, por isso que está fora do ordenamento estritamente burocrático (ora gerencial, de eficiência e controle de resultados, instituídos pela EC 19/98). Sua atribuição é de controlar o serviço desse ordenamento gerencial e advogar em juízo sua legitimidade.
>
> O compromisso do advogado público não é com o Governo, transitório, mas com a ordem jurídica.

Para adequar-se à sua função nos termos postos, o Advogado Público deve atuar de forma proativa, sempre garantindo respeito à ordem constitucional vigente e à observância pela Administração Pública dos princípios constitucionais que lhe regem, inclusive o da eficiência, entre outros.

Pois bem. No Estado da Bahia, tendo-se em vista a sua situação fundiária, inviabilizar ou retardar, com base na existência de dúvida acerca da regularidade do destaque do bem do patrimônio público, os procedimentos de desapropriação de pequenas áreas rurais necessárias para a realização de obras e projetos de infraestrutura que trarão desenvolvimento econômico e social para as regiões afetadas, embora juridicamente defensável, não se configura atuação estratégica e eficaz.

Nos dizeres de Rafael Moreira (2017, p. 64):

> [...] é possível falar em mudança de paradigma do Direito Administrativo para superar-se a insaciabilidade patrimonialista, em favor da sustentabilidade, que 'se pauta pela racionalidade dialógica, pluralista e prospectiva', a exigir fundamentação e estabilidade no processo decisório.

Sendo assim, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia, ao se examinar caso concreto e relevante trazido para apreciação, firmou-se precedente favorável à inclusão do valor da terra nua na indenização a ser paga ao particular proprietário, desde que o imóvel a ser expropriado seja: 1) área rural inferior a 50ha (cinquenta hectares); 2) necessário para a realização de obras de infraestrutura; 3) tenha matrícula aberta em nome do particular ocupante, ainda que verificados indícios de devolutividade na cadeia dominial.

Nesses casos, o Estado não abrirá procedimento discriminatório para apuração e comprovação de eventual devolutividade da terra declarada de utilidade pública.

Outrossim, também no âmbito da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, firmou-se o entendimento pela possibilidade de pagamento de um valor social, em complemento ao valor da avaliação do bem, nos casos em que a avaliação do imóvel resultar em valor ínfimo que inviabilize ao expropriado a aquisição de nova moradia. Tal conduta tem por objetivo oferecer ao administrado atingido pela desapropriação por utilidade pública condições mínimas de se restabelecer em outro local, preservando-se, assim, o seu direito à moradia e, pois, a sua própria dignidade humana.

Enfatize-se que o valor social deverá ser fixado em casos específicos, sempre atendendo a critérios objetivos a serem previamente estabelecidos pela Administração Pública mediante elaboração de adequado instrumento normativo.

Em observância a princípios constitucionais vigentes e aplicáveis, a Advocacia Pública baiana pretendeu assumir um papel ativo e colaborativo na busca de caminhos juridicamente adequados para solucionar demandas decorrentes dos procedimentos expropriatórios abertos pelo Poder Público estadual, prevenindo conflitos, assegurando a eficiência e o alcance da economicidade pela Administração e, sobretudo, conferindo aos cidadãos administrados a garantia da necessária dignidade.

7 Considerações Finais

A desapropriação amigável de pequenos imóveis rurais para a realização de obras de infraestrutura pelo Estado da Bahia tem sido um grande desafio para o Poder Público Estadual.

Em face da situação fundiária existente no território baiano, eis que ainda não identificadas e discriminadas todas as terras devolutas estaduais, tem-se verificado, nas desapropriações amigáveis que o Poder Público objetiva realizar, questões relevantes atinentes à comprovação da regularidade dominial privada do bem.

No presente artigo, buscou-se demonstrar que a realização de procedimento discriminatório para identificação das terras devolutas, por vezes, impõe relevante atraso na concretização de obras públicas de infraestrutura de grande importância para toda a coletividade, representando, por consectário, considerável aumento do custo para o Erário.

Diante disso, aqui se pretendeu demonstrar que a Administração, nos casos concretos, deverá adotar alternativas e escolhas eficientes que viabilizem a desapropriação das pequenas áreas declaradas de utilidade pública no menor tempo possível, evitando-se, assim, os acréscimos de custos decorrentes da eventual paralisação de obra de infraestrutura já em andamento.

Esse cenário, portanto, exige da Advocacia Pública uma necessária atuação estratégica para alcançar os objetivos impostos pela Constituição e que devem reger a Administração Pública.

Defendeu-se aqui que, sem menoscabo da adequada e eficiente proteção do patrimônio público estadual, nos casos de pequenas áreas rurais que têm matrícula aberta no Cartório de Registro de Imóveis, mas sem demonstração da regularidade do destaque dessas áreas do patrimônio público, o valor da indenização deverá englobar o valor da terra nua quando e sempre que tal medida mostrar-se favorável ao princípio da eficiência, à economicidade e ao próprio interesse público.

Admitiu-se, ainda, a possibilidade, em casos específicos e mediante o prévio estabelecimento de critérios objetivos, do pagamento de um valor social correspondente a um *plus* indenizatório quando o bem a ser expropriado não tenha matrícula no Cartório de Registro de Imóveis competente e seja ocupado por possuidores de baixa renda para fins de moradia. Nessa hipótese, a indenização a ser paga atuará como necessário e relevante instrumento de garantia da dignidade humana e de justiça social.

Em suma, à Administração cabe garantir que sejam executadas importantes e necessárias obras de infraestrutura que favorecerão a população ao trazerem desenvolvimento econômico e social, mas sem permitir, todavia, que direitos fundamentais dos administrados sejam por essas obras violados e atingidos, aqui em destaque o direito à moradia, que assegura a própria dignidade humana. Ao gestor público se impõe a escolha e a adoção de medidas que se revelem juridicamente legítimas e menos onerosas para a Administração, visando à eficiência, à economicidade, à dignidade humana e ao bem-estar social.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas**: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117-169.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

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

DEMO, Roberto Luis Luchi. Advocacia Pública. **Revista dos Tribunais**, *on-line*, v. 801, p. 699-738, jul. 2002. DTR\2002\377. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000187758b1d93f1c88bdd&docguid=Ifba4a0e0f25011dfab6f010000000000&hitguid=Ifba4a0e0f25011dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=115&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 12 abr. 2023.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Rafael Martins Costa, **Direito Administrativo e sustentabilidade**: o novo controle judicial da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

Ana Carla Pires Meira Cardoso

Procuradora do Estado da Bahia, Especialista em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

E-mail: anacarla.cardoso@pge.ba.gov.br

Endereço profissional: 3ª Avenida, n. 370, Centro Administrativo da Bahia (CAB), Salvador, BA. CEP: 41745-005.

Cláudia Zacarias Almeida Medici

Procuradora do Estado da Bahia, Especialista em Direto Público pelo Instituto de Educação Superior Uniyahna, Especialista em Direito de Infraestrutura Pública e Inclusão Social – Novas Tendências e Mecanismos para o Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas.

E-mail:claudia.zacarias@pge.ba.gov.br

Endereço profissional: 3ª Avenida, n. 370, Centro Administrativo da Bahia (CAB), Salvador, BA. CEP: 41745-005.

Recebido em: 16/06/2023

Aceito em: 27/07/2023

Como referenciar este artigo

CARDOSO, Ana Carla Pires Meira; MEDICI, Cláudia Zacarias Almeida. A Desapropriação de Imóveis Rurais para a Realização de Obras de Infraestrutura e o Necessário Enfrentamento das Demandas Decorrentes do Procedimento Expropriatório. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 13-34, dezembro de 2023.

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

A Fazenda Pública e a Intimação da Testemunha à Luz do Artigo 455 do CPC: necessidade de tratamento isonômico entre Advocacia Pública, Ministério Público e Defensoria Pública

Diogo Marcel Reuter Braun[1]
Nataniel Martins Manica[1]
[1]Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar estudo sintético, e sem a pretensão de esgotar o tema, a respeito da intimação da testemunha no Processo Civil, à luz do artigo 455 do Código de Processo Civil e suas implicações para a Fazenda Pública. Para tanto, inicialmente o artigo 455 do Código de Processo Civil (CPC) e suas implicações para a Fazenda Pública e o trabalho da Advocacia Pública são analisados, bem como sua prerrogativa alinhada com o princípio da igualdade. Ao final, realiza-se um estudo mais aprofundado sobre a necessidade de tratamento isonômico entre Advocacia Pública, Ministério Público e Defensoria Pública.

Palavras-chave: Advocacia Pública; Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo; Isonomia.

Public Entities and the Subpoenaing of Witness under Article 455 of the Código de Processo Civil: the necessity of equal treatment between Advocacia Pública, Ministério Público and Defensoria Pública

Abstract

The purpose of this article is to present a synthetic study, without pretending to exhaust the subject, on the subpoenaing of witness in Civil Procedure, under article 455 of the Código de Processo Civil, and its implications for the Public Entities. To this end, initially article 455 of the Código de Processo Civil (CPC) and its implications for Public Entities and the work of Advocacia Pública are analyzed, as well as its prerogative aligned with the equality principle. Finally, a further study is made of the necessity of isonomical treatment between Advocacia Pública, Ministério Público and Defensoria Pública.

Keywords: *Advocacia Pública; Prerogatives of Public Entities in lawsuits; Isonomy.*

1 Introdução

O objetivo do presente artigo científico é analisar, de maneira sintética, e sem a pretensão de esgotar o assunto, a necessidade de se adotar um tratamento isonômico entre a Advocacia Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública no que se refere à sistemática da intimação das testemunhas à luz do artigo 455 do Novo Código de Processo Civil (CPC).

Em outras palavras, a pesquisa pretende responder às seguintes indagações: como se dá a sistemática da intimação das testemunhas no curso do processo civil, à luz do artigo 455 do CPC? Deve haver um tratamento isonômico entre Advocacia Pública, Ministério Público e Defensoria Pública no que se refere à intimação das testemunhas ao longo do processo civil?

Para tanto, inicia-se o estudo trazendo algumas considerações a respeito da prova testemunhal no processo civil pátrio e da sistemática da intimação das testemunhas à luz do artigo 455 do Código de Processo Civil.

Após, descreve-se, de modo sucinto, quais as principais prerrogativas da Fazenda Pública em juízo.

E, por fim, discorre-se acerca da necessidade do tratamento isonômico entre a Advocacia Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública no âmbito do Processo Civil, mais especificamente, na sistemática da intimação das testemunhas ao longo do processo.

O presente artigo encerra-se com as considerações finais, nas quais são sintetizados os estudos realizados ao longo do presente trabalho.

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

2 A Prova Testemunhal e a Sistemática da Intimação das Testemunhas no Processo Civil à Luz do Artigo 455 do CPC

Em se tratando de uma demanda cível, a fase de conhecimento objetiva provar os fatos alegados pelos litigantes, os quais serão analisados pelo juízo da causa que deverá definir a solução jurídica para o litígio entre as partes.

Para tanto, não basta as partes alegarem os fatos, já que estes devem ser analisados e ter sua veracidade certificada pelo juiz julgador, o que se dará por meio das provas.

Nas palavras de Theodoro Júnior (2017, p. 875-876), a prova no processo adquire dois sentidos, um objetivo, ou seja, serve "[...] como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato [...]", e outro subjetivo "[...] que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório".

Sousa (2020), por sua vez, diz que:

> [...] a prova visa formar a convicção do juiz sobre a verdade de um facto. No entanto, em certas situações, a prova tem como referência a verossimilhança de um facto: nessas situações, só é exigido que o juiz forme a convicção sobre a aparência de verdade de um facto.

Já Alvim (2021) aponta que existem vários conceitos jurídicos de prova, uma vez que a prova é, ao mesmo tempo, "meio, resultado e atividade". Para a autora "[...] os meios de prova são os instrumentos pelos quais se busca demonstrar a verdade de determinados fatos" Alvim (2021, n.p.). Por outro lado, a prova como resultado desses meios, "[...] conduz à conclusão relativa à ocorrência ou não dos fatos objeto de prova" Alvim (2021). E por fim, "[...] a atividade probatória consiste na realização da prova em si, principalmente pelas partes e excepcionalmente determinada pelo juiz" Alvim (2021).

Dessa feita, Alvim (2021) aponta que:

> Em resumo, pode-se afirmar que a prova consiste nos meios, definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico como idôneos a convencer

> (prova como resultado) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como atividade). A prova é direito fundamental das partes, que emana do princípio do contraditório (art. 5.º, LV, da Constituição) e do decorrente direito que estas possuem de influir no convencimento do juiz.

Pois bem, entre os inúmeros tipos de provas possíveis em nosso processo civil (documental, pericial, depoimento pessoal, etc..), tem-se a prova testemunhal, que é aquela produzida oralmente perante o juiz por meio de depoimento de pessoa estranha à lide.

Ou seja, em regra, a testemunha é pessoa física, distinta das partes do processo e estranha ao objeto da lide, que vem ao juízo, a pedido das partes e por determinação do juiz, ou só por ordem deste, descrever um fato de que tem conhecimento direto ou por qualquer dos meios de sua percepção, desde que este seja suscetível de ser provado por esse tipo de prova.

Nas palavras de Neves (2016, p. 737), prova testemunhal é:

> [...] meio de prova consubstanciado na declaração, em juízo, de um terceiro, que de alguma forma tenha presenciado os fatos discutidos na demanda. Tradicionalmente, a testemunha é aquele sujeito que viu o fato, mas não se devem desprezar outros sentidos humanos, como o olfato, a audição, o tato ou o paladar. Um forte odor que faria presumir um vazamento de gás pode ser comprovado em juízo por alguém que nada tenha visto, bem como o testemunho de um sujeito que afirma ter ouvido um disparo pode ser determinante para a formação do convencimento do juiz.

A regra disposta no Código de Processo Civil é de que a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. No entanto, em situações específicas, pode o juiz dispensar essa prova oral, por exemplo, em casos em que a prova documental seja suficiente para fornecer os dados esclarecedores do litígio, quando inexistirem fatos controvertidos a apurar, quando haja a confissão da parte ou

em fatos que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados (Brasil, 2015, art. 442 e 443).

No entanto, uma inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil, em seu artigo 455, se mostra fundamental para a continuidade deste artigo, trata-se da inovação de atribuir ao advogado a obrigação de informar ou de intimar a testemunha que arrolou do local, do dia e do horário da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.

Sobre o tema, discorre Neves (2016, p. 753):

> Em significativa novidade no tocante à intimação de testemunhas, o Novo Código de Processo Civil passa a prever que, ao menos em regra, cabe tal tarefa ao advogado que arrolou, e não mais ao juízo. Trata-se de forma de descentralizar o trabalho burocrático necessário na fase de preparação da prova testemunhal, de forma a transferir um ônus do juízo para a parte. Como maior interessada em tal intimação, caberá à parte diligenciar para que ela efetivamente ocorra no caso concreto.

Tal medida teve por objetivo a maior celeridade do processo, bem como dividir tal ônus com as partes, maiores interessadas no processo. Para tanto, o §1º do artigo 455 do CPC prevê que a intimação deverá ser realizada por carta com aviso de recebimento, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência de pelo menos três dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento (Brasil, 2015, art. 455, §1º).

Ademais, poderá ainda a parte comprometer-se a levar a testemunha à audiência, independentemente da sua intimação, presumindo-se que a parte desistiu de sua inquirição, caso a testemunha não compareça.

No entanto, a intimação da testemunha pela via judicial não foi totalmente descartada no Novo Código de Processo Civil, nos termos do artigo 455, § 4º, a intimação será feita pela via judicial, caso a intimação realizada diretamente pelas partes for frustrada, bem como se sua necessidade for devidamente demonstrada pela parte ao juiz.

Também no caso de figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição

ou ao comando do corpo em que servir, ou que a testemunha seja uma das autoridades previstas no artigo 454 do CPC[1].

Por fim, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública também serão intimadas pela via judicial, o que não ocorrerá com as testemunhas arroladas pela Advocacia Pública, em nítido tratamento diferenciado entre as mencionadas instituições.

Percebe-se, portanto, que o CPC trouxe uma exceção para a obrigatoriedade de o advogado intimar a testemunha, exceção esta que contemplou o Ministério Público e a Defensoria Pública, mas deixou de fora a Advocacia Pública que pela regra estabelecida deve providenciar a intimação de suas testemunhas arroladas, em um nítido tratamento desigual com os demais órgãos públicos que desempenham funções essenciais à justiça.

3 Prerrogativas da Fazenda Pública

As duas grandes fontes principiológicas para atuação da Administração Pública residem na supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade do interesse público. O primeiro princípio "[...] proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último" (De Mello, 2013, p. 70). Já a indisponibilidade "[...] indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, configurando como uma decorrência de sua supremacia" (Justen Filho, 2014, p 150).

---

1 Art. 454. São inquiridos em sua residência ou onde exercem sua função: I – o presidente e o vice-presidente da República; II – os ministros de Estado; III – os ministros do Supremo Tribunal Federal, os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça e os ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; IV – o procurador-geral da República e os conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público; V – o advogado-geral da União, o procurador-geral do Estado, o procurador-geral do Município, o defensor público-geral federal e o defensor público-geral do Estado; VI – os senadores e os deputados federais; VII – os governadores dos Estados e do Distrito Federal; VIII – o prefeito; IX – os deputados estaduais e distritais; X – os desembargadores dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal; XI – o procurador-geral de justiça; XII – o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa a agente diplomático do Brasil (Brasil, 2015, art. 454).

Impende destacar a amplitude do termo interesse público, sob as suas principais classificações, conforme aponta Oliveira R. (2018, item 3.2.7):

> a) interesse público primário: relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica); e
>
> b) interesse público secundário: é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes público e ao patrimônio público.

Nesse sentido, a atuação da Fazenda Pública em juízo, por meio de sua Advocacia Pública, também acaba sendo calcada pela perseguição, ainda que por vezes indireta, da promoção do interesse público (primário e secundário), fazendo vigorar sua supremacia, ou protegendo o patrimônio público, o qual é indisponível.

Esse agir processual da Fazenda em prol do interesse público se dá sob diversas facetas: ocorre quando é promovida a ação de desapropriação direta, a fim de tolher a propriedade particular para execução de uma obra pública; acontece nos casos em que se almeja impedir a interrupção de um serviço público; nas demandas em que se evita a condenação para a reparação de valores decorrentes de supostos atos da administração; se dá na própria execução de valores devidos aos cofres públicos; enfim, são inúmeras as hipóteses em que a Fazenda Pública está em juízo para proteger o interesse público.

Assim, dada a atividade de tutelar a defesa da causa coletiva, à Fazenda Pública deve ser conferida diferenciada condição para atuação processual, se comparada às demais pessoas naturais ou jurídicas. Essas distintas condições são chamadas de prerrogativas processuais.

Para Cunha (2017, p. 28/29):

> Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confiram condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As "vantagens" processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, pois contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Existem algumas hipóteses já previstas no ordenamento jurídico conferindo distinção à Fazenda Pública em juízo, como os prazos diferenciados e a remessa necessária, decorrentes do grande volume de demandas e das dificuldades estruturais na Administração Pública (burocracia, demora na obtenção de informações perante os órgãos, etc.).

Sobre o tema, defendem Peixoto e Peixoto (2018, p. 29)

> Se cabe à Fazenda Pública velar pelo interesse público, e se este, além de indisponível, deve ser colocado em posição de supremacia em relação aos interesses privados, não há inconstitucionalidade ou ilicitude no estabelecimento de prerrogativas aos seus entes quando da atuação junto ao Poder Judiciário, desde que se evidenciem necessárias à adequada atuação de seus representantes judiciais, que as regras correspondentes sejam fixadas de acordo com a razoabilidade e que o tratamento diferenciado encontre respaldo na necessidade de preservação do interesse público primário, qual seja, o da coletividade.

Essas diferenciações de tratamento entre a Fazenda Pública e os particulares traduzem a ideia de igualdade material, segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Pondera-se que a igualdade material resultou de uma reação à percepção de que a igualdade formal não afastava situações de injustiça, "[...] além de se afirmar a exigência de que o próprio conteúdo da lei deveria ser igualitário, de modo que de uma igualdade perante a lei e na aplicação da lei se migrou para uma igualdade também 'na lei'" (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, item 4.13.2).

Para Morais (2020, item 6):

> Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Ao analisar a aplicação dessa igualdade material para o tratamento conferido à Fazenda Pública em juízo, Rodrigues (2016, item 1.3.2.1), assevera que:

> [...] o direito fundamental à igualdade é importante critério na verificação da constitucionalidade de normas que criem benefícios processuais às pessoas jurídicas de direito público, devendo, porém, ser acompanhado da razoabilidade, que deve estar presente na diferenciação efetuada pelo legislador em favor dessas pessoas.

Ademais, para Peixoto e Peixoto (2018, p. 29), se existe desigualdade entre as partes de uma relação processual-jurídica, "[...] desigualmente devem ser tratados pelo legislador, razão pela qual é plenamente justificado que exista, no texto constitucional, no novo CPC ou em outras leis esparsas, um regime diferenciado para a atuação da Fazenda Pública em juízo".

4 Isonomia de Tratamento entre a Advocacia Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública

É importante ter em mente que, tal como o Ministério Público e a Defensoria Pública, a Advocacia Pública figura no rol das funções essenciais à Justiça, previstas no Capítulo IV da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

De acordo com os artigos 131[2] e 132[3] da Constituição Federal de 1988, as instituições da Advocacia Pública são responsáveis pela representação judicial e pela consultoria jurídica da União e dos entes federados.

Como muito bem aponta Oliveira W. (2018, p. 18), hoje, o papel da Advocacia Pública é "[...] atuar de modo proativo em defesa da ordem pública constitucionalizada a bem dos interesses da sociedade".

Ademais, a atuação da Advocacia Pública, tanto no âmbito judicial, administrativo ou consultivo, possui sempre como intuito a defesa do interesse público, cuja titularidade pertence à coletividade (Varela, 2018, p. 53).

Pode-se ir além, nas palavras de Cunha (2022, p. 81), o papel da Advocacia Pública na Constituição Federal de 1988 "[...] é de promotora e defensora da democracia diante do sistema de peses e contrapesos entre os poderes do Estado brasileiro".

Ocorre que, com o advento do novo CPC, no que se refere à intimação das testemunhas em juízo, houve um tratamento diferenciado entre a Advocacia Pública (Fazenda Pública) e as instituições do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Conforme já mencionado, o novo CPC traz como regra que a intimação de testemunhas arroladas deve se dar por meio do advogado da parte que deseja que ela seja ouvida em juízo.

---

2 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 (Brasil, 1988).

3 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).

Por outro lado, analisando-se o § 4º do artigo 455 do CPC, nota-se que as testemunhas que o Ministério Público ou a Defensoria Pública arrolam serão intimadas judicialmente, desobrigando os membros dessas instituições de promoverem a intimação extrajudicial, tendo elas a prerrogativa da intimação judicial da testemunha por elas arrolada.

Logo, pela simples leitura do CPC, a Fazenda Pública (Advocacia Pública) não possui tal prerrogativa.

Por outro lado, ao analisar o CPC como um todo, percebe-se a existência de um regime jurídico único para as prerrogativas do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Fazenda Pública.

É possível citar alguns exemplos concretos, como a prerrogativa de serem intimados pessoalmente de todos os atos do processo, que se estende tanto aos Defensores Públicos, aos membros do Ministério Público e à Advocacia Pública (Brasil, 2015, art. 186, § 1º, art. 180 e art. 183).

Em relação aos prazos, tanto o Ministério Público, a Advocacia Pública e quanto a Defensoria Pública possuem a prerrogativa de prazo em dobro para todas as manifestações processuais (Brasil, 2015, art. 180, 183 e 186), bem como seus membros só responderem subjetiva e regressivamente pelos atos que praticarem (Brasil, 2015, art. 181, 184 e 187).

Desse modo, existe uma lógica no CPC que estabelece esse regime jurídico único para o Ministério Público, a Defensoria e para a Advocacia Pública.

Inclusive esse é o entendimento de Cunha (2017, p. 33) ao lecionar que:

> Há, enfim, um regime único dessas prerrogativas para a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública. A essas instituições conferem-se prerrogativas comuns que contribuem para o desempenho de suas relevantes funções no processo judicial.

Percebe-se, portanto, que as prerrogativas conferidas às instituições, além de parecidas, visam ao interesse público, visto que todas são instituições essenciais à justiça, de acordo com a Constituição Federal.

Vale deixar bem claro que se trata de prerrogativas e não privilégios, pois esse termo conduz à ideia de regalias, de concessões ao Poder Público. Desse modo, segundo Grinolver (1979, p. 16):

> No direito atual, prerrogativas e privilégios só podem admitir-se por exceção, em razão da diversidade das posições subjetivas assumidas no ordenamento jurídico. Exceções que são ao regime comum, as prerrogativas e os privilégios se distinguem, porquanto estes são instituídos visando à proteção de interesses pessoais, e aqueles decorrem do interesse público. Resulta daí ser a prerrogativa irrenunciável.

Dessa feita, não há justificativa plausível para não se conceder à Advocacia Pública, representante judicial da Fazenda Pública em juízo, a prerrogativa da intimação judicial das suas testemunhas arroladas.

As dificuldades encontradas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública para realizar a intimação extrajudicial das testemunhas também estão presentes na atuação da Advocacia Pública.

Logo, se mostra razoável aplicar um tratamento isonômico entre as Instituições, conferindo-se também à Advocacia Pública a prerrogativa da intimação judicial das testemunhas por ela arroladas.

Ao se excluir a Advocacia Pública da prerrogativa de intimação judicial de suas testemunhas, contraria-se o regime jurídico único proposto pelo CPC e deslegitima a manutenção da referida prerrogativa às demais instituições.

Correto seria estender as prerrogativas concedidas ao Ministério Público e à Defensoria Pública para a Advocacia Pública, no caso o direito de se realizar a intimação judicial das suas testemunhas, adequando-se esse direito às demais prerrogativas comuns inerentes às instituições.

Se tivermos como parâmetro a estrutura dos órgãos, os custos do envio da correspondência ou o interesse público por trás da atuação, percebe-se que nada justifica a concessão dessa prerrogativa ao Ministério Público e à Defensoria Pública e não à Advocacia Pública.

As três instituições são calcadas na defesa do interesse público, os custos de atuação de quaisquer delas no processo acabam, ainda que indiretamente, refletindo nos cidadãos contribuintes que custeiam a máquina estatal, não havendo qualquer justificativa de um

tratamento diferenciado no que diz respeito à intimação judicial da testemunha arrolada seja pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou pela Advocacia Pública.

Portanto, para que haja um tratamento isonômico no processo, a Fazenda Pública deve gozar da mesma prerrogativa conferida à Defensoria Pública e ao Ministério Público no que diz respeito à intimação judicial das testemunhas.

5 Considerações Finais

A vigente norma adjetiva civil exige, como regra, que as partes, por seus advogados, promovam a intimação das testemunhas arroladas para participarem da audiência de instrução e julgamento, momento processual no qual se produzem as provas orais, importante instrumento para a demonstração da existência de um fato (pelo autor, constitutivo do seu direito; ou pelo réu, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor).

Essa sistemática, contudo, não foi adotada em algumas hipóteses, tendo sido mantida a intimação judicial da testemunha caso a realizada diretamente pelas partes for frustrada; quando sua necessidade for devidamente demonstrada pela parte ao juiz; nas ocasiões em que forem testigos servidor público ou militar ou autoridades indicadas no artigo 454 do Código de Processual Civil; bem como quando forem arroladas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

Percebe-se, assim, que o legislador ordinário não incluiu a Advocacia Pública ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública no que que se refere à prerrogativa de não ter que realizar diretamente a intimação de testemunhas arroladas nas demandas.

Sabe-se que a Fazenda Pública detém uma série de prerrogativas, justificadas pela necessidade de diferenciada atuação processual, já que sua advocacia tutela a causa coletiva, o interesse público (primário e secundário). As prerrogativas prestigiam, em última análise, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

O mesmo Código de Processo Civil assegurou uma série de idênticas prerrogativas ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública, sob a premissa de que todas essas instituições defendem bens jurídicos igualmente relevantes. A exemplo, foram conferidas aos três personagens prazo em dobro para todas as manifestações processuais (Brasil, 2015, art. 180, 183 e 186), bem como limitações para responsabilização de seus membros (Brasil, 2015, art. 181, 184 e 187).

Houve, portanto, uma mesma lógica; um mesmo critério de *discrimen* que embasou a diferenciação das três instituições em suas atuações processuais.

Ante tais ponderações, parece inexistir justificativa razoável para não se conferir à Fazenda Pública a prerrogativa de intimação judicial das testemunhas arroladas por seus representantes.

Com efeito, deve a Advocacia Pública receber o mesmo tratamento isonômico conferido ao Ministério Público e à Defensoria Pública também no que se refere à intimação judicial das testemunhas, sob pena de se subverter a igualdade (paridade de armas) que deve existir entre as três instituições.

Referências

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

BRASIL. **Código de Processo Civil (CPC)**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

CUNHA, Célia Iraci da. A advocacia pública como instrumento de defesa e promoção da democracia representativa da vontade popular na constituição da república federativa do brasil de 1988. *In*: OLIVEIRA, Pedro Miranda de; OLIVEIRA, Weber Luiz de; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte (org.). **Advocacia pública em Juízo**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. v. 1. p. 77-87.

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

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Benefício de prazo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, v. 5, n. 19, p. 13-24, jul.-set. 1979.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Jus Podium, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método 2018.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Advocacia pública contemporânea. *In*: OLIVEIRA, Weber Luiz de (org.). **Advocacia Pública em Debate**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. v. 1. p. 15-18.

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

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda pública e execução**. Salvador: jUSPODIVM, 2018.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book* (Coleção o novo processo civil, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, coordenadores).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I.

VARELA, Felipe Wildi. A função republicana da advocacia pública. *In*: OLIVEIRA, Weber Luiz de Oliveira (org.). **Advocacia Pública em Debate**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. v. 1. p. 51-53.

Diogo Marcel Reuter Braun

Procurador do Estado de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Mestre em Ciências Jurídicas pela Unidades do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante (UA) – Espanha. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera (UNIDERP).

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

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

Nataniel Martins Manica

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Territorio, 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

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

Recebido em: 03/07/2023

Aceito em: 18/07/2023

Como referenciar este artigo

BRAUN, Diogo Marcel Reuter; MANICA, Nataniel Martins. A Fazenda Pública e a Intimação da Testemunha à Luz do Artigo 455 do CPC: necessidade de tratamento isonômico entre Advocacia Pública, Ministério Público e Defensoria Pública. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 35-50, dezembro de 2023.

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

A Mudança Paradigmática na Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais Provocada pelos Processos de Globalização e Transnacionalidade

Rafael do Nascimento[1]

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

Resumo

O presente artigo científico teve por objetivo estudar a interação entre globalização, transnacionalidade e direitos humanos e fundamentais. Nesse aspecto, em um primeiro momento, há a preocupação em descrever o conceito de globalização e de transnacionalidade, como representação de uma mudança de paradigma no perfil do Estado moderno. Posteriormente, algumas considerações são apresentadas sobre os direitos humanos e direitos fundamentais, distinguindo-os e expondo os seus pontos de encontro. Por fim, debate-se o desafio de proteger e de efetivar os direitos humanos e os direitos fundamentais diante desse novo contexto global. Quanto à Metodologia, foi utilizado o método indutivo, sendo usadas, nas diversas fases da Pesquisa, as Técnicas do Referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Globalização; Transnacionalidade; Direitos Humanos e Fundamentais.

The Paradigmatic Change in the Protection of Human and Fundamental Rights Caused by the Processes of Globalization and Transnationality

Abstract

The aim of this scientific article was to study the interaction between globalization, transnationality and human and fundamental rights. In this regard, the first step is to describe the concept of globalization and transnationality as a representation of a paradigm shift in the profile of the modern state. Subsequently, some considerations are presented on human rights and fundamental rights, distinguishing between them and exposing their points of encounter. Finally, the challenge of protecting and realizing human and fundamental rights in this new global context is discussed. As for methodology, the inductive method was used, with the techniques of reference, category and bibliographical research being used in the various phases of the research.

Keywords: *Globalization; Transnationality; Human and Fundamental Rights.*

1 Introdução

O presente artigo tem como tema central a figura da proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais inseridos nos processos de globalização e de transnacionalidade. Dentro desse contorno, a pesquisa discute a necessidade de mudança de paradigma no enfrentamento das demandas transnacionais, sob penas de sublimação dos direitos em destaque.

De fato, é cediço que o Estado Constitucional Moderno não consegue mais dar respostas adequadas para a sociedade em virtude da complexidade das demandas que aumentam em proporções preocupantes e transpassam as fronteiras permeáveis desse modelo estatal.

Assim, no desenvolvimento da pesquisa, primeiramente é evidenciado o conceito de globalização e de transnacionalidade e caracterizada uma mudança de paradigma no que se refere ao modo de vida, às relações sociais e ao avanço tecnológico, sem deixar de lado os pontos de contato entre as duas categorias.

Em seguida, define-se a formação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, acrescentando que a mera catalogação em declarações ou constituições não é suficiente para a proteção do ser humano. É imprescindível que se estabeleça um ideal comum às diversas tendências de um mundo pluricultural.

Por fim, destaca-se a necessidade de readequação do modelo de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no contexto da globalização e da transnacionalidade, propondo-se um debate sobre os mecanismos eficazes de governança para as demandas transnacionais. Além disso, são mencionados alguns problemas que há pouco estavam restritos ao direito interno dos Estados nacionais, mas que agora transbordaram as fronteiras para merecerem atenção em escala global.

O tema da presente pesquisa mostra-se relevante para a Advocacia Pública, na medida em que, no Estado de Direito Democrático e Social, a atuação do Poder Público deve ser sempre direcionada e legitimada pelos valores materiais constitucionais. Assim, a Advocacia Pública, como instituição garantidora desse modelo de Estado, deve ter sua atuação moldada em favor da proteção dos direitos humanos e dos

direitos fundamentais, mormente diante da ameaça que representam os processos de globalização e de transnacionalidade para a concretização de tais direitos.

Quanto à Metodologia, foi utilizado o método indutivo, sendo usadas, nas diversas fases da Pesquisa, as Técnicas do Referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica.

2 Globalização e Transnacionalidade

É inegável que a Globalização, desde sua evidência na década de 1980, tem alterado o modo de vida das pessoas, intensificando as relações sociais, de comunicação e de deslocamento de pessoas, bens e serviços, para além das fronteiras nacionais. Assim, a Globalização expandiu as telecomunicações, o turismo e a cultura, o que refletiu, incisivamente, no ecossistema e nas relações das organizações governamentais e privadas, caracterizadas, há muito, por profunda concepção hegemônica do capital e de ideologia neoliberal (Cruz, 2001, p. 207). Trata-se de um fenômeno complexo, com várias facetas, e que pode ser compreendido por diversas formas nas dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas, as quais, juntas, parecem representar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais (Santos, 2005, p. 15).

Segundo a doutrina de Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer (2009, p. 10.950), o fenômeno da globalização (ou mundialização) é um processo paradigmático, multidimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano dos Estados-nacionais e pela emergência dos novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e de economia, fortemente apoiada no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transportes, multiplicando-se em rede, de matriz essencialmente heurística.

Em verdade, a globalização é um processo dialético, que se desenvolve em rede, criando os espaços transnacionais e sociais, a desnacionalização e a experiência cotidiana da ação sem fronteira. Também proporciona o surgimento de uma sociedade transnacional

sem o paralelo de um Estado transnacional ou um governo transnacional (Cruz; Stelzer, 2011, p. 20).

Antes de avançar na matéria, é importante a celebração de um acordo semântico, a fim de identificar a diferença conceitual entre as categorias globalismo, globalidade e globalização.

O globalismo, segundo Ulrich Beck (1999, p. 27), é entendido como "[...] a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política; trata-se, portanto, da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo".

A globalidade, por sua vez, significa que vivemos em uma sociedade desprovida de espaços isolados ou de limitações das fronteiras, assim como as diversas economias, culturas e políticas se encontram, uma vez que o conjunto de relações sociais havidas nessa sociedade mundial não está integrado à política de um Estado nacional ou por ele determinado, de maneira que a sociedade mundial pode ser entendida como uma diversidade sem unidade (Beck, 1999, p. 29).

Por fim, a globalização, já conceituada anteriormente, para Ulrich Beck (1999), representa um processo irreversível, causado pela: ampliação geográfica e interação do comércio internacional; revolução dos meios tecnológicos; política mundial e policêntrica (atores transnacionais), entre outros motivos. Destaca-se que tal irreversibilidade torna necessária a abertura de espaço para a política, diante da perspectiva da pluridimensionalidade da globalidade, buscando a anulação da ideologia opressora do globalismo (Beck, 1999, p. 31).

Nesse contexto de importantes mudanças para a forma política do sistema mundial, Saskia Sassen (2010, p. 19, tradução nossa)[1] aponta que:

> A capacidade transformadora que hoje exibe a dinâmica da globalização implica uma interligação muito mais profunda com o nível nacional (governos, empresas, sistemas jurídicos ou cidadania) do que as análises efectuadas até agora foram capazes de explicar.

Feitas tais considerações sobre globalização, deve ser reconhecido, ao lado dela, um cenário composto de transnacionalização, a

1 La capacidad transformadora que hoy exhibe la dinámica de la globalización supone una imbricación con lo nacional (los gobiernos, las empresas, los sistemas jurídicos o la ciudadanía) mucho más profunda de lo que permitem dar cuenta los análisis realizados hasta el momento.

qual é definida por Paulo Márcio Cruz e Joana Stelzer (2011, p. 21), nos seguintes termos:

> A transnacionalização pode ser compreendida como um fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem da soberania dos Estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente com a concepção do transpasse estatal. Enquanto a globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência de Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio.

Em outras palavras, a transnacionalidade valoriza características peculiares da globalização gerada nesse processo, cujo transpasse de fronteiras nacionais se apresenta de forma contundente. Com efeito, não se trata mais do Estado-territorial, referência elementar surgida após a Paz de Vestfália e que se consolida até o século XX, viabilizando a emergência do Direito internacional sob amparo da ideia soberana. Esse é um quadro alterado que se transfigura de internacional (entre as nações) para transnacional (além das nações), de soberania absoluta para soberania relativa, de relações territoriais para relações virtuais, de trânsito entre fronteiras para trânsito em espaço único (Gonçalves; Stelzer, 2009, p. 10.952).

Impende destacar, todavia, que o Estado não desapareceu, mas modificou-se a ponto de não ser mais reconhecido em seus elementos básicos definidos pela doutrina tradicional. A transnacionalidade está inserida nesse contexto no qual se verifica

> [...] o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidade entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais (Beck, 1999, p. 49).

De fato, em relação à esfera pública, foram inúmeras as mudanças que atingiram o Estado na lógica da transformação de enfraquecimento como figura central e monopolizadora das atividades jurídicas e políticas. A expansão do capitalismo no mundo e a importância do capital como instância de poder (que não se restringe à força política, especialmente militar) ordenaram novo ritmo às relações globalizadas, fazendo com que os projetos nacionais já não pudessem mais ser traçados individualmente, de forma soberana e independente. As estratégias nacionais passaram a considerar as variáveis de ordem econômica, social, política e jurídica em termos mundiais, sempre levando em conta os novos atores que surgiram sob tal manto organizacional, particularmente as Corporações Transnacionais (CTNs) e as Organizações Não-Governamentais (ONGs) (Gonçalves; Stelzer, 2009, p. 10.953).

Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer (2009, p. 10.953) explicam que diante dessas circunstâncias:

> [...] novas articulações econômicas emergiram, houve necessidade de permear fronteiras nacionais para livre circulação do capital; informações virtuais engendraram uma terceira dimensão, desmantelando a idéia da fronteira geográfica; os territórios estatais passaram à categoria de "ilusão cartográfica" e o Estado-nação "cada vez mais uma ficção nostálgica". A transnacionalização representa, assim, uma das facetas da globalização, que não se descola dela, mas que reforça a idéia de permeabilidade fronteiriça, de relações espacialmente não localizadas, de ultracapitalismo e de decadência político-jurídica soberana.

Em resumo, a transnacionalização, como já visto, valoriza determinadas características da globalização, especialmente ligadas à fluidez das fronteiras nacionais. Enquanto a internacionalidade é clara no que diz respeito à relação entre as nações ou entre os Estados, a transnacionalidade desconhece fronteiras, resultado direto do processo em escala global. Ainda nesse arranjo, enquanto a soberania é a marca indelével do Direito internacional, a fragilidade soberana (no âmbito

público) ou seu desconhecimento (no âmbito privado) viabiliza um cenário denominado transnacional (Gonçalves; Stelzer, 2009, p. 10.953).

Essa mudança paradigmática promove, também, reflexos no campo da efetividade dos direitos humanos e fundamentais, na medida em que as demandas se tornam transnacionais, necessitando da criação de espaços públicos para debater questões referentes a fenômenos novos que são irresolúveis se tratadas somente dentro do espaço tradicional do Estado nacional.

Certamente, os direitos humanos e os direitos fundamentais, bem como sua efetivação, não estão alheios a esse cenário. Em verdade, eles se mostram cada vez mais evidentes e em discussão, motivo pelo qual é oportuno analisar sua abordagem e a concretização nessa nova ordem. Antes, contudo, é importante traçar algumas considerações acerca de tais direitos, o que é imprescindível para a coesão do objeto da pesquisa em debate.

3 Direitos Humanos e Fundamentais[2]: conceito, pontos de contato e distinções[3]

Os direitos humanos alicerçados no direito internacional têm como fundamento o reconhecimento e a proteção dos direitos do ser humano nas suas diferentes dimensões, com base na proteção da dignidade da pessoa, consagrados a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, produzidos no âmbito das Nações Unidas, que traduzem um sistema global de proteção internacional (Duarte, 2012, p. 2.214).

---

2 O estudo sobre os direitos fundamentais foi iniciado, por este autor, na seguinte obra *As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do Estado de Bem-Estar Social* (Nascimento, 2017). Agora, utilizando trechos do mencionado livro, busca-se aprimorar a ideia inicial e inseri-la em um contexto diferente daquele tratado anteriormente.

3 No presente trabalho, decidiu-se adotar as categorias direitos humanos e direitos fundamentais, por se entender que ambas são atingidas com a mesma intensidade pela força dos fenômenos da globalização e da transnacionalização, ensejando a criação de mecanismos de proteção em escala global.

Especificamente em relação à Declaração Universal dos Direitos do Homem, tal documento, partindo da premissa da insuficiência da catalogação de direitos civis e sociais nas constituições do Estados, surge como instrumento jurídico de alcance global para assegurar direitos fundamentais a toda e a qualquer pessoa humana. Pretende, de um lado, ser norma cogente a todos os Estados, de obrigatória observância e respeito, e, de outro lado, assegurar o exercício e a proteção a direitos consagrados como essenciais para a existência digna do ser humano (Duarte, 2012, p. 2.223).

Ressalte-se que, ao preconizar os direitos individuais e coletivos, em conjunto com os direitos de natureza econômica, social e cultural, referida Declaração traz um ideal comum às diversas tendências de um mundo pluricultural. Trata-se de um leque de direitos que, na última metade do século XX, manifesta-se como fonte inspiradora para a elaboração de diversas cartas constitucionais e Tratados Internacionais voltados para a proteção dos direitos humanos (Duarte, 2012, p. 2.223).

No que tange à relação entre direitos humanos e direitos fundamentais, vale transcrever a valiosa doutrina de Marcos Leite Garcia (2010, p. 6.736-6.737):

> Cabe frisar que na Modernidade os direitos humanos nascem como direitos fundamentais, ou seja, primeiramente são concebidos como direito interno, como direitos do cidadão, mas ainda que direito nacional-interno com ampla vocação e pretensão universal como direitos do homem genérico, se referindo a todos os seres humanos. O fenômeno da universalidade dos direitos humanos é diferente do fenômeno da internacionalização dos mesmos. A universalização é anterior aos mesmos, pois se dá já na construção teórica dos direitos, ainda como Direito Natural Racionalista, e segue seu curso desde as primeiras declarações de direitos. Já a internacionalização dos Direitos Humanos é um processo muito mais recente, pois se dá basicamente como resultado da barbárie da guerra, do desejo do nunca mais da Segunda Guerra Mundial, com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) e com a construção de pelo menos três sistemas internacionais de proteção de Direitos Humanos (ONU, Organização dos

> Estados Americanos e Conselho da Europa) e tem como marco documental inicial a fundamental Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Pode-se perceber, portanto, uma relação estreita entre as duas modalidades de direitos, sendo que o caráter histórico dos direitos fundamentais – compreendidos, sob certo aspecto, como os direitos humanos internalizados e positivados nos Estados nacionais por meio da constitucionalização – permite a constatação de que a sociedade se transforma e incorpora novos valores. Na medida em que as demandas históricas a impulsionam para novos caminhos, novas estratégias político-sociais são traçadas, objetivando sempre a plena realização de uma vida humana digna e saudável (Fensterseifer, 2008, p. 143).

De fato, os direitos fundamentais, desde o seu reconhecimento, têm passado por inúmeras transformações, seja em relação ao seu conteúdo, seja no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Nesse contexto gravado pela mutação histórica imposta aos direitos fundamentais, costuma-se falar da existência de três dimensões de direito (Sarlet, 2012, p. 45), não se ignorando o fato de que há quem defenda a divisão em quatro, cinco ou, até mesmo, seis dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são a manifestação constitucionalmente escrita do pensamento liberal-burguês do século XVIII, apresentando-se com cunho eminentemente individualista e afirmando-se como direitos de defesa do indivíduo contra a intervenção arbitrária e injustificada do Estado na esfera da autonomia. São, por essa razão, intitulados como direitos negativos, porquanto exigem a abstenção da atuação estatal, objetivando o respeito aos direitos fundamentalizados (Sarlet, 2012, p. 46). São os chamados direitos civis e políticos vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às mais variadas formas de opressão estatal. São direitos inerentes à individualidade, inalienáveis e imprescritíveis (Wolkmer, 2012, p. 22).

Com o advento da industrialização – que gerou graves problemas sociais, a exemplo das condições degradantes às quais os trabalhadores eram submetidos – e da influência da doutrina comunista, percebeu-se que os direitos negativos já não eram suficientes para garantir a

dignidade do indivíduo. Tais fatos, entre outros, impulsionaram as reivindicações dos movimentos sociais, culminando na incorporação das premissas da justiça social ao catálogo de direitos fundamentais, denominados, doravante, de direitos de segunda dimensão. Nesse contexto, os direitos sociais são caracterizados por disponibilizarem ao indivíduo direitos a prestações sociais mínimas, das quais se pode destacar a saúde, a educação, o trabalho e a moradia.

Posteriormente, terminada a Segunda Guerra Mundial, tomou-se conhecimento das feridas abertas pelo confronto e dos níveis desprezíveis aos quais a dignidade humana foi submetida.

Tratou-se, em verdade, de um processo de erosão e de degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, que abriu espaço para o surgimento de novos direitos, os quais foram qualificados como de terceira dimensão.

Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer (2012, p. 25) acrescenta que:

> A explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a mutilação e o extermínio de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados à natureza pelo desenvolvimento tecnológico desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional.

Isso explica porque os direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de solidariedade ou fraternidade) – também denominados de novos diretos – são de titularidade transindividual (difusa e coletiva), revelando um conteúdo altamente humanista e universal. Eles se distinguem substancialmente dos direitos fundamentais de primeira (civis e políticos) e de segunda (sociais, culturais e econômicos) dimensões, que têm a sua titularidade individualizada ou, ao menos, individualizável. A marca distintiva dos direitos de terceira dimensão, portanto, reside basicamente na sua natureza transindividual, com titularidade indefinida e indeterminável (Fensterseifer, 2008, p. 149).

Certamente, devido às suas condições especiais, como visto, os novos direitos são concebidos como transfronteiriços e transnacionais, pois sua principal característica é que sua proteção não é satisfeita dentro das fronteiras tradicionais do Estado nacional. São direitos

relacionados com o valor solidariedade e requerem uma visão de solidariedade, sem a qual não é possível entender os direitos difusos (Garcia, 2010, p. 6.738).

Contudo, impende ressaltar que, no constitucionalismo moderno, a mera positivação dos direitos fundamentais de terceira geração não é suficiente para garantir-lhes eficácia plena, principalmente quando se está diante de questões que envolvem um ou mais Estados, daí a importância de haver a colaboração entre os Estados-nações para salvaguardar esses direitos básicos que contribuirão para o futuro das pessoas e do ambiente em que vivem (Etchezar, 2018, p. 53).

Além desse aspecto, considerando que as fronteiras da transnacionalidade possuem similaridades com temáticas da globalização, apontando, aquela, para a questão central da relação entre territórios e os diferentes arranjos socioculturais e políticos, pode-se dizer que, em um mundo globalizado, não existe mais espaço para disparidade de direitos fundamentais. Melhor explicando, a transnacionalidade implica consciência de que não se pode haver disparidade de direitos em face da proximidade territorial, funcionando como uma espécie de consciência de se fazer parte de um corpo político e social mundial (Duarte, 2012, p. 2.228).

Percebe-se, dessa forma, que nesse contexto de mudança paradigmática de perfil estatal e de sociedade, os direitos humanos e os direitos fundamentais ganham especial relevância, mormente quanto à necessidade de sua efetivação nessa nova ordem.

4 O Desafio da Proteção dos Direitos Fundamentais e Humanos no Contexto da Globalização e da Transnacionalidade

É de fácil constatação que, atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas adequadas à sociedade, em razão da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes e transpassam as fronteiras do Estado moderno, atingindo quem está além delas. Tudo indica que o motivo principal dessas crises cíclicas

esteja localizado exatamente no caráter obsoleto do próprio Estado constitucional moderno (Dantas; Oliviero; Cruz, 2016, p. 34).

Tendo isso em vista, o debate sobre o Direito Transnacional justifica-se, principalmente, pelo fato de que o Direito Nacional e o Direito Internacional não geraram mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais. Da mesma forma, o Direito Comunitário, que regula uma das manifestações da nova ordem mundial, caracterizada por novas relações e novas manifestações de atores e instituições, não apresenta bases teóricas suficientes para a caracterização de um ou mais espaços públicos transnacionais (Dantas; Oliviero; Cruz, 2016, p. 34).

Nesse mesmo sentido, a doutrina de Márcio Ricardo Staffen (2016, p. 100) esclarece que:

> A sociedade contemporânea da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Segundo Stefano Rodotà (2012, p. 70), a inovação científica e tecnológica percorre todos os lugares do planeta, sem se esquecer do movimento dos povos e do relacionamento entre as culturas. Esses pontos desafiam e reclamam a existência de garantias e de proteção aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, pois, da mesma maneira que a tecnologia, os serviços, os bens e as pessoas percorrem o mundo, o direito também não tem mais limites territoriais.

De fato, o monopólio do Estado Constitucional Moderno, como única fonte legítima de lealdade política para seus cidadãos, começa a abrir espaço a um conjunto de identidades políticas pluralistas e múltiplas. As pessoas começam a se definir, ao mesmo tempo, como membros de uma comunidade local e como cidadãos do mundo. Essa evolução produz novos parâmetros de justiça. Os seus impulsos universalistas e seus princípios orientarão as pessoas para além de

qualquer compromisso com um só nível de proposição jurídica e do Estado Constitucional Moderno, na direção da construção de princípios de uma necessária teoria para a justiça transnacional em uma globalização democrática (Dantas; Oliviero; Cruz, 2016, p. 36).

Para isso, é preciso enfrentar algumas demandas que durante um tempo estiveram restritas ao espaço local, mas que, agora, se tornaram assunto que diz respeito a todos, independentemente da posição geográfica ocupada. Melhor explicando, atualmente, não é concebível que determinadas posições jurídicas sejam dignas de proteção em um espaço específico. É uma questão racional, o compartilhamento de valores fundamentais entre todos os povos. Nesse sentido, Marcos Leite Garcia (2010, p. 6.750) esclarece que: "Com a transnacionalização dos direitos fundamentais o compromisso de um país periférico passaria a ser com toda a comunidade transnacional a que pertence, e não mais somente com o seu (des)enganado povo".

Assim, é possível mencionar, entre outros, os direitos à alimentação adequada, à paz, à proteção do trabalho, à sustentabilidade e ao meio ambiente hígido e equilibrado, como valores que justificam a proteção transnacional[4].

Exemplificando, a fome é um problema que não reconhece fronteiras ou nacionalidades, pois, ainda que de forma diferente, assola o ser humano em todas as coordenadas geográficas do planeta.

Ao tratar sobre o assunto, Márcio Ricardo Staffen (2016, p. 100) apregoa que não se pode fechar os olhos para a caracterização do alimento como um interesse e uma necessidade que condiciona a pretensão de demais bens jurídicos. Certamente, a ausência de segurança alimentar fragiliza qualquer regime democrático substancial, impedindo o gozo de direitos humanos e práticas de sustentabilidade intergeracionais. Direitos de cunho liberal, social, econômico ou cultural não são suportados, efetivamente, quando seus titulares definham, por condições precárias de nutrição.

Para superação dessa demanda transnacional, tutelando-se o direito à alimentação adequadamente, há necessidade de implantação

4 As demandas transnacionais a serem protegidas seriam interesses coletivos e difusos e não apenas os interesses estritamente individuais, como defende a pauta de uma estrita globalização econômica de cunho neoliberal.

de diretrizes globais de cunho normativo e negocial, que consigam vincular também ações nacionais, internacionais e comunitárias, sob pena de ineficácia das medidas adotadas (Staffen, 2016, p. 112).

Da mesma forma que o direito à alimentação adequada, a proteção do meio ambiente e a sustentabilidade, também, são pautas axiológicas reconhecidas e valorizadas em escala global. Hoje não estão mais adstritas à Ciência Jurídica a criação e a sistematização de normas de proteção ao ambiente. Em razão dos fenômenos da globalização e da transnacionalidade, o caminho mais relevante a ser percorrido é o conjunto intersistêmico de relações que o ambiente gera com outros bens e valores, principalmente nas perspectivas sociais, econômicas, culturais e tecnológicas (Dantas; Oliviero; Cruz, 2016, p. 40).

Percebe-se, assim, a necessidade de readequação do papel do direito nesse novo cenário, uma vez que, emanado por um Estado soberano isolado no planeta, já não apresenta respostas eficazes para garantir um futuro sustentável para toda a comunidade em escala global (Dantas; Oliviero; Cruz, 2016, p. 40).

Conforme doutrina de Marcelo Buzaglo Dantas, Maurizio Oliviero e Paulo Marcio Cruz (2016, p. 41), para um enfrentamento eficaz dessa demanda transnacional:

> A sustentabilidade deve ser construída a partir de múltiplas dimensões que incluam, além da jurídica, as variáveis ecológica, social, econômica e tecnológica, tendo como base forte o meio ambiente. Para o Direito como objeto da Ciência Jurídica, todas estas perspectivas apresentam identificação com a base de valores fundamentais, aí incluídos o meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos prestacionais sociais, dentre outros, cada qual com as suas peculiaridades e riscos. Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base meta axiológica ao Direito.

Além disso, é imperativa a criação de instituições transnacionais ambientais, com atuação global, com força para vincular os Estados nacionais na tarefa de proteção do meio ambiente. Deve haver

consciência de que todos fazem parte de uma sociedade civil planetária, que possui seu papel na mudança e na perpetuação da espécie humana, e, ainda mais, de todo esse planeta que chamamos de casa (Carneiro; Rodrigues; Pasold, 2016, p. 875).

É evidente que não faz sentido a insistência de que o ser humano pode continuar sua evolução mergulhado nos dogmas do direito moderno. Todos sabem que a modernidade, apesar de ter representado significativo avanço para a humanidade, acabou se tornando, em alguns aspectos, um sistema teórico de justificação de desigualdades, em seu sentido mais amplo: social, econômica, cultural e tecnológica, o que significa um dos fatores de maior agressão ao ambiente (Dantas; Oliviero; Cruz, 2016, p. 35-36).

Esse cenário pode, também, significar a conversão de direitos humanos e fundamentais em privilégio de indivíduos específicos se não houver efetiva inserção de tais direitos nos espaços de direito global. A inclusão deles na pauta da globalização jurídica é condição de generalização dos direitos humanos (Staffen, 2018, p. 146), os quais, em sua essência, possuem a característica da universalidade.

Dessa forma, um novo espaço transnacional exige o reconhecimento da cidadania global e a universalização os direitos fundamentais como mecanismo de desenvolvimento humano, econômico, social e ambiental. Para isso, resta evidente a necessidade de modificações no modelo atual de Estado moderno e nos seus modelos de governança, porquanto se requer, para sua efetividade, que o mundo seja democrático (Nascimento, Gonçalves, 2014, p. 96).

No mesmo sentido, Marcos Leite Garcia (2010, p. 104) leciona que:

> As demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional. Estes fenômenos novos se identificam com os chamados "novos" direitos ou "novos" direitos fundamentais. Para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente que se faz necessário afirmar que as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica como alguns autores pretendem, e sim com

> fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta. A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção de seu entorno natural.

Na verdade, em um mundo ideal, seria possível afirmar que os fenômenos da globalização e da transnacionalização poderiam contribuir, sobremaneira, para a defesa e efetivação dos direitos da humanidade, tendo em vista que ambos os fenômenos estão relacionados a um processo paradigmático, multidimensional, que está ligado à porosidade dos limites territoriais e políticos dos Estados. Tal contribuição tem por base a sobreposição de estruturas estatais – no caso da transnacionalização –, que pode significar a conexão mais forte entre os espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado só internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço intermediário, o que se constitui em embasamento jurídico sustentável para a proteção dos direitos do homem (Duarte, 2012, p. 2.227).

Assim, demandas transnacionais, como o desenvolvimento sustentável, o combate à pobreza, a erradicação da fome, o fim do trabalho escravo, a promoção da paz, entre outros diversos exemplos, podem ser utilizados para demonstrar ações nas quais atores transnacionais se inserem na tentativa de tornar efetiva a proteção dos direitos basilares dos seres humanos.

5 Considerações Finais

A história evolutiva do reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais deve ser analisada, evidentemente, sob a ótica do contexto em que eles estão inseridos. Desde a definição como um interesse digno de proteção jurídica, os direitos humanos e fundamentais têm passado por inúmeras transformações, seja em relação ao seu conteúdo, seja no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.

Com a chegada da globalização e da transnacionalidade não foi diferente. Tais processos modificaram substancialmente a economia, a política, a sociedade e o direito, o que refletiu, frontalmente, na matéria pertinente aos direitos humanos e fundamentais.

Essa evolução produz novos parâmetros de justiça. Os seus impulsos universalistas e seus princípios orientam as pessoas para além de qualquer compromisso com um só nível de proposição jurídica e, para além do Estado constitucional moderno, na direção da construção de princípios de uma necessária teoria para a justiça transnacional em uma globalização democrática.

Percebe-se, assim, que, atualmente, o Estado, dentro de seu perfil tradicional, não consegue mais dar respostas adequadas à sociedade, em razão da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes e transpassam as fronteiras do Estado moderno, atingindo quem está além delas.

É preciso pensar em mecanismos e enfrentar algumas demandas que durante um tempo estiveram restritas ao espaço local, mas que, agora, tornaram-se assunto que diz respeito a todos, independentemente da posição geográfica ocupada. Atualmente, não é concebível que determinados valores sejam protegidos em um espaço específico, não obstante sua natureza humanitária. É uma questão racional, o compartilhamento de valores fundamentais entre todos os povos.

Por fim, deve-se compreender que, em um mundo globalizado, a colaboração e a solidariedade entre as nações são imprescindíveis para que sejam produzidas soluções adequadas para a proteção dos direitos humanos e fundamentais. Fomentar a solidariedade e a colaboração significa promover a aproximação entre as nações e seus respectivos povos. Assim, a partir da solidariedade, da cidadania global e da criação de espaços transnacionais, será possível salvaguardar a efetividade dos valores mais importantes para o homem, em nível planetário.

Referências

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CARNEIRO, Cheila da Silva dos Passos; RODRIGUES, Patrícia Silva; PASOLD, Cesar Luiz. A transnacionalização da sustentabilidade no direito ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 11, n. 2, p. 848-879, maio-ago. 2016. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/9508/0. Acesso em: 21 mar. 2023.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Disciplina Legal, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. **Revista do Direito,** Santa Cruz do Sul, n. 49, p. 29-45, set. 2016. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911. Acesso em: 6 abr. 2023.

DUARTE, Maria Raquel. Contextualização dos fenômenos da globalização transnacionalização e transconstitucionalismo para a integração e proteção dos direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 7, n. 3, p. 2.213-2.230, jan.-abr. 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 6 abr. 2023.

ETCHEZAR, Jamila Wisóski Moysés. Transnacionalismo, globalização e a efetividade dos direitos fundamentais de terceira geração. *In*: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Porto Alegre, p. 40-55, 2018. **Anais** [...]. Porto Alegre, 2018. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/065375gg/09i2Nt2Pq94G1Rc7.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

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.

GARCIA, Marcos Leite. Novos direitos fundamentais e demandas transnacionais. *In*: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Fortaleza, p. 6.735-6.762, 2010. **Anais** [...]. Fortaleza, 2010. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3681.pdf. Acesso em: 19 maio 2023.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 33, p. 103-129, jan.-jun, 2010. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801. Acesso em: 20 maio 2023.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER Joana. Estado, globalização e soberania: fundamentos político-jurídicos do fenômeno da transnacionalidade. *In*: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, São Paulo, p, 10.948-10.971, 2009. **Anais** [...]. São Paulo, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1915.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do; GONÇALVES, Sérgio Luiz. Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no Século XXI. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 10, n. 2, p. 85-101, fev. 2014. Disponível em: https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/649/975. Acesso em: 21 maio 2023.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Globalização**: fatalidade ou utopia? 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridade y derechos:** de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: katzeditores, 2010.

STAFFEN, Marcio Ricardo. A tutela jurídica global da alimentação. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 40, n. 1, p. 96-120, jan.-jun. 2016. Disponível em: https://www.revistas.ufg.br/revfd/issue/view/1676. Acesso em: 21 maio 2023.

STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os "Novos" Direitos no Brasil:** naturezas e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1-30.

Rafael do Nascimento

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) com dupla titulação pela Universidade de Alicante, Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) com dupla titulação pela Universidade de Alicante, Espanha. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL).

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

Endereço profissional: Avenida Prefeito Osmar Cunha, n. 220, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88015-100.

Recebido em: 22/06/2023

Aceito em: 24/07/2023

Como referenciar este artigo

NASCIMENTO, Rafael do. A Mudança Paradigmática na Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais Provocada pelos Processos de Globalização e Transnacionalidade. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 51-70, dezembro de 2023.

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

A Reforma Fiscal Verde – Breves Apontamentos sobre o Panorama Europeu e a Viabilidade de sua Implementação no Brasil

André Doumid Borges[1]
Nataniel Martins Manica[1]
Rodrigo Diel de Abreu[1]
[1]Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo teve por objetivo lançar considerações sobre a Reforma Fiscal Verde, com a inclusão do elemento ambiental. Também busca-se contribuir com o debate acerca da viabilidade da sua adoção no modelo econômico brasileiro. Verificou-se que alguns países europeus efetivamente realizaram uma Reforma Fiscal, conciliando o meio ambiente saudável com o necessário desenvolvimento econômico. Já no Brasil, são necessárias a evolução e a continuidade das pautas sobre o esverdeamento do sistema tributário nacional, sem perder de vista o cuidado sobre as desigualdades sociais existentes em razão da tributação indireta. Quanto à metodologia empregada neste trabalho, na fase de investigação, utilizou-se o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas do fichamento e da revisão bibliográfica, com o emprego da base lógica indutiva no relatório dos resultados.

Palavras-chave: Governança Ambiental; Desenvolvimento Sustentável; Tributação Ambiental; Reforma Fiscal Verde.

Green Tax Reform – Brief Notes on the European Panorama and the Feasibility of its Implementation in Brazil

Abstract

This article aimed to launch considerations on the Green Tax Reform, with the inclusion of the environmental element. It also seeks to contribute to the debate about the feasibility of its adoption in the Brazilian economic model. It was found that some European countries effectively carried out a Fiscal Reform, reconciling a healthy environment with the necessary economic development. In Brazil, the evolution and continuity of agendas on the greening of the national tax system are necessary, without losing sight of the care regarding social inequalities that exist due to indirect taxation. As for the methodology used in this work, in the research phase, the inductive method was used, operationalized by the techniques of registration and bibliographic review, with the use of the inductive logical basis in the results report.

Keywords*: Environmental Governance; Sustainable development; Environmental Taxation; Green Tax Reform.*

1 Introdução

O planeta e a sociedade mundial têm passado por reformulações em suas estruturas nevrálgicas, com novas demandas surgindo em seu plexo de segmentos. Os sistemas jurídicos, por sua vez, são impactados por novos conceitos e pela desconstrução de concepções já consideradas ultrapassadas, como aquelas que dizem respeito à territorialidade e à soberania nacional.

Por sua vez, o impacto ambiental negativo é fruto de um crescimento econômico desenfreado que não converge com um desenvolvimento sustentável, acabando por gerar um desequilíbrio da vida na Terra.

Nesse quadrante, discussões e reflexões sobre o surgimento de novos mecanismos de governança, regulação e intervenção no desenvolvimento econômico que respeitem o meio ambiental transnacional demonstram, hodiernamente, a necessidade de encontrar alternativas de minimizar os danos ambientais já causados pela ação do homem, assim como objetivam trazer um equilíbrio presente e futuro entre os avanços econômicos e a sustentabilidade[1]. Sustentável pode ser definido como "[...] o suficiente, para todos, em todos os lugares e sempre" (Garcia; Abreu; Santos, 2021, p. 121).

A crise ecológica que se estabeleceu no cenário mundial atual tem demonstrado que os Estados nacionais, em sua maioria, se mostram frágeis e incapazes de enfrentar as degradações ambientais com a efetividade esperada. Nesse contexto, a tributação ambiental vem sendo utilizada como um instrumento econômico que busca estimular uma

1 "Um conceito integral de sustentabilidade somente surge em 2002, na Rio+10, realizada em Joanesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas: ecológica, social e econômica, como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla. Dessa forma, só a partir de 2002 é que passa a ser adequado utilizar a expressão 'sustentabilidade', ao invés de desenvolvimento com o qualificativo 'sustentável'. Isso porque a partir deste ano consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) devem ser hierarquicamente superior ou compreendidos como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor. Na Rio+20, esta concepção ganha uma preocupação prática, ou seja, de implementação em escala global, sendo o t ema da governança transnacional o assunto de destaque e o grande de safio a ser implementado nesta quadratura da história. A partir da consolidação teórica da sustentabilidade, passou a ser possível conceber o meio ambiente enquanto um direito humano independente e substantivo, inseparável e indivisível dos demais direitos humanos" (Cruz, 2012, p. 110).

atividade produtiva sustentável, além de manter o seu objetivo fiscal arrecadatório de receitas para a manutenção do Estado.

O problema que se suscita é saber se uma reforma fiscal verde seria viável no Brasil diante da experiência em curso em alguns países europeus que introduziram instrumentos de tributação ambiental em suas políticas fiscais.

Os objetivos do presente artigo são: apresentar apontamentos sobre a chamada reforma fiscal verde que vem sendo adotada por alguns países da Europa, com a inclusão de um aspecto ambiental na tributação de cada país para se alcançar um desenvolvimento econômico sustentável em que o meio ambiente é preservado, bem como tecer breves considerações sobre a viabilidade do uso desse instrumento econômico ambiental no Brasil, sem a intenção de exaurir a matéria que se apresenta como objeto de grandes reflexões científicas.

Para tanto, o artigo científico é dividido em duas partes: a primeira adentra sobre o tema de governança ambiental; a segunda se elenca considerações sobre a tributação como instrumento de proteção ambiental, as reformas fiscais verdes em países da Europa e alguns apontamentos sobre a viabilidade desta mudança de paradigma na tributação brasileira.

Quanto à metodologia empregada neste trabalho, na fase de investigação, utilizou-se o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas do fichamento e da revisão bibliográfica, com o emprego da base lógica indutiva no relatório dos resultados (Pasold, 2018, p. 89 e ss.).

2 Explanações sobre Governança Ambiental

Rumar para uma sociedade sustentável, aqui considerando seus aspectos econômico, social e ambiental, com suas interações, passa por uma necessária implementação de estratégias que levem a uma governança que afaste o atual quadro de degradação ambiental e que tenha base no fundamento moral da solidariedade. A Governança deve se pautar nos princípios da cooperação, da solidariedade e da sustentabilidade.

As questões que são apontadas como de governança já demonstram a imprescindibilidade de participação dos atores que possuem interesses no processo de gestão e de tomada de decisão.

Os problemas ambientais contemporâneos contextualizam a transição para uma economia verde que estabeleça um desenvolvimento sustentável, já que o atual modelo prevalecente não garante a sustentabilidade planetária[2]. As polêmicas em torno do tema enfatizam a expansão do processo de mercantilização da natureza e a privatização de bens comuns, bem como de serviços ecossistêmicos.

O debate sobre a economia verde desafia a estrutura tradicional de governo, já que, para a institucionalização dessa política, é preciso implementar um novo modelo de governar, que difere dos modelos hierárquicos tradicionais.

Nesse contexto é que surgem as regras de Governança, as quais "[...] são fundamentais para a concretude e sustentabilidade das boas práticas de gestão administrativa no setor público" (Souza; Souza, 2020, p. 7).

A Governança procura estabelecer uma parceria cooperativa entre todas as esferas de poder local para que se produzam resultados satisfatórios na escala global.

Quando se fala em Governança, estamos nos referindo basicamente a um modo de governo não hierárquico, em que atores não estatais e diversos segmentos participam na formulação e na implementação de políticas públicas.

No setor público, segundo Souza e Souza (2020, p. 6), é possível alcançar resultados positivamente significativos em um curto espaço de tempo e com menor custo, ao se optar por uma sequência de ações metodologicamente traças. Dessa forma, consegue-se "[...] atender com qualidade o cidadão tomador de serviços da Administração Pública [...]", o que gera uma "[...] economia dos recursos orçamentários que abastecem o Estado" (Souza; Souza, 2020, p. 6).

Souza e Souza (2020. p. 7) trazem o seguinte significado para Governança:

2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece em seu artigo III que "[...] todo ser humano tem direito à vida [...], o que permite considerar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano universal" (Unicef, 2022).

> [...] são as regras vigentes de administração decorrente do mais elevado escalão diretivo de uma organização, seja ela pública ou privada, as quais são invocadas sempre que algo em não conformidade mostra-se no conjunto de ações ou no ato administrativo.

No mesmo caminho, Piffer e Paula (2018. p. 62) apontam que:

> Governança é termo que pode ter várias roupagens conceituais, a depender da perspectiva de análise. Entretanto, o núcleo comum da categoria compreende o conjunto de mecanismos de avaliação, direcionamento e controle voltado para garantir a materialização da vontade das partes interessadas, ao qual, somado ao termo "global", confere-se contornos de supranacionalidade, dando a esse conceito a ideia de conjunto de mecanismos de cooperação voltado para defesa do interesse de todos os Homens, da presente e das futuras gerações.

A Governança pública traduz-se em ações desenvolvidas para o alcance de resultados de qualidade que convirjam com os fins de interesse público, possibilitando a otimização do "[...] desempenho da gestão administrativa da coisa pública" (Souza; Souza, 2020, p. 8).

Observa-se que implementar a Governança na Administração Pública é fortalecer o elo de cooperação entre atores público e privado, desenvolvendo práticas participativas da sociedade civil com órgãos públicos, "[...] estabelecendo regras de procedimento, coordenação e controle com vistas a balizar os atos administrativos e os atos de gestão com maior transparência e celeridade, sem desperdício do dinheiro público" (Souza; Souza, 2020, p. 9).

As transformações político-institucionais que a Governança traz para a Administração Pública potencializam o aperfeiçoamento gerencial e técnico das Políticas Públicas. É possível citar como exemplo os procedimentos de avaliação utilizados no setor privado, que podem ser adotados para a preservação de despesas, melhoria de gestão e para o alcance de efetividade social:

> Portanto, as regras de governança corporativa como pressupostos de eficiência e qualidade da gestão sustentável na Administração Pública é, sobretudo, a capacidade que

> dispõe a administração de realizar atos administrativos, na prestação de serviço ao cidadão, a partir de critérios objetivos dotados de transparência e controle, austeridade e economicidade, em caráter estável para todas as gerações (Souza; Souza, 2020, p. 10).

Pode-se então levar em conta que há diversas outras definições, de genéricas a definições específicas de governança, como a ambiental e a corporativa.

A Comissão sobre Governança Global das Nações Unidas (Commission on Global Governance, 1995, p. 53) definiu "governança" como:

> A soma total dos vários modos como indivíduos e instituições, públicos e privados, administram seus negócios comuns. Trata-se de um processo contínuo, por meio do qual, interesses conflitantes ou diversos podem ser acomodados e uma ação cooperativa estabelecida. Esse processo inclui instituições e regimes formais investidos de poder para impor a observância das regras, do mesmo modo que arranjos informais que pessoas e instituições concordaram em estabelecer ou percebem ser de seu interesse.

No que se refere à Governança Ambiental, há decisões sobre o meio ambiente que são construídas com a participação de organizações civis e governamentais conjuntamente, o que permite a obtenção de ampla e irrestrita adesão aos projetos que buscam manter a integridade do planeta.

Assim, segundo Cavalcanti (2004, p. 1), a Governança ambiental seria nada mais do que um arcabouço institucional de regras, processos e comportamentos que afetam a maneira como os poderes são exercidos na esfera política ou ações ligadas às relações da sociedade como sistema ecológico.

Já Jacobini e Sinisgalli (2012, p. 1.471-1.472) assim dissertam sobre o tema:

> A Governança Ambiental está relacionada com a implementação socialmente aceitável de políticas públicas, um termo mais inclusivo que governo, por abranger a relação

> Sociedade, Estado, mercados, direito, instituições, políticas e ações governamentais, associadas à qualidade de vida bem estar, notadamente os aspectos relacionados com a saúde ambiental. Isso implica estabelecimento de um sistema de regras, normas e condutas que reflitam os valores e visões de mundo daqueles indivíduos sujeitos a esse marco normativo. A construção desse sistema é um processo participativo, e acima de tudo, de aprendizagem. O fato é que a governança no nível territorial tem sido associada e articulada através de parcerias, coalizões, alianças entre diferentes atores em iniciativas coletivas; promovendo interações do governo com outros atores – setor privado e não governamental e entre atores governamentais na medida em que segundo Kooiman (1993) nenhum ator, público ou privado, dispõe nem do conhecimento nem da informação para resolver problemas complexos, dinâmicos e diversificados; e isto demanda interdependências, que mostram as limitações do governo e a necessidade de fortes laços com os governos locais, o setor privado e as organizações sociais.

Para Câmara (2013, p. 134),

> [...] o processo de governança ambiental tem buscado alcançar os postulados das teorias sociais de ação coletiva, do uso de recursos de propriedade comum, da definição de agendas locais de desenvolvimento sustentável e do fortalecimento das instituições sociais.

Ainda o autor aponta que

> A governança ambiental no Brasil apresenta elementos típicos das definições mais comuns de governança, entre eles a descentralização, a democracia e a participação, instruções e padronizações, apesar da pouca efetividade do seu alcance pleno. Transparência, equidade, prestação de contas, matriz de responsabilidades, estabelecimento de fluxos de trabalho (*workflows*) interinstitucionais na execução de ações, código de conduta e suporte ficam em planos secundários no processo de gestão, comprometendo o alcance pleno da governança ambiental (Câmara, 2013, p. 134).

Por sua vez, o Estado, os mercados e a sociedade civil tornam-se parceiros na Governança. Sob o enfoque ambiental, há um compartilhamento de gestão, já que a participação das partes interessadas é ampla, buscando-se cooperação e consenso no processo de fortalecimento de políticas públicas ambientais, reduzindo os problemas provocados pelas ações predatórias que inflamam o meio ambiente.

Por seu turno, a governança para a sustentabilidade, em regra restringe a soberania territorial, para tanto, destaca-se que "[...] a soberania do Estado não estabelece limites para a proteção ambiental, mas a proteção do ambiente estabelece limites à soberania do Estado [...]", assim, o "[...] interesse comum pode, talvez pela primeira vez na história do direito internacional, ter o controle de sua própria criação, ou seja, da soberania do Estado" (Bosselmann, 2015, p. 211).

O envolvimento e a participação dos vários atores que compõem a sociedade em uma unidade de gestão ambiental são uma exigência do mundo globalizado, na medida em que a realização de ações humanas em determinada parte do globo afeta todo o planeta e não apenas certa população local de um Estado. Os impactos negativos ao meio ambiente natural praticados em algum país trarão consequências a todo o planeta Terra, sobrepondo-se aos limites físicos impostos pelas fronteiras nacionais, inexistindo qualquer diferenciação em relação aos atingidos, o que torna a degradação ambiental um problema global, diante de uma unicidade da biosfera terrestre.

Apenas ações conjuntas dos múltiplos atores que compõem o sistema de Governança Ambiental são capazes de minimizar impactos decorrentes de ações humanas que violem o meio ambiente equilibrado, da mesma forma que poderão evitar drásticas alterações do ambiente global.

A construção de um consenso que não impeça o crescimento econômico é necessária, reduzindo a pobreza ao mesmo tempo que se debruça sobre as preocupações ecológicas. Um fortalecimento das conexões entre Estado, sociedade e instituições representativas pode facilitar a transição para uma governança ambiental de excelência que viabilize o desenvolvimento sustentável, necessário para a sobrevivência das gerações futuras na Terra.

No próximo capítulo, após breve análise dos desafios ambientais da governança, será discutida a reforma fiscal verde, instrumento que busca auxiliar na transição para uma economia sustentável, ou seja, que respeite o meio ambiente.

3 A Reforma Fiscal Verde como um Caminho ao Desenvolvimento Sustentável

Diante de uma crescente ocorrência de danos ambientais, a comunidade internacional se depara com uma imprescindível reflexão mais assertiva para a proteção do meio ambiente, o que passa pela implementação de meios sustentáveis de desenvolvimento das atividades produtivas.

> Os recursos globais comuns, como a atmosfera e os oceanos fora das águas territoriais, inicialmente constituem recursos de livre acesso global, disponíveis para todos. Porém, quando as nações estabelecem acordos para limitar seu uso e evitar abusos, elas estão efetivamente transformando recursos globais de livre acesso em recursos globais de propriedade comum. É isso que procuram fazer os acordos intergovernamentais sobre meio ambiente, como os comentados anteriormente. Como os globais comuns são bens de todas as nações, nenhuma se sentirá na obrigação de cuidar deles sozinha (Barbieri, 2011, p. 59).

É consenso que atualmente o meio ambiente está degradado em razão da poluição que lhe atinge de forma avassaladora e que, se não houver mudança de postura da comunidade global, levará ao colapso do nosso ecossistema. O *modus operandi* da sociedade contemporânea adotou um padrão de consumo voraz com o uso excessivo das matérias-primas de nosso planeta, impedindo, assim, a necessária renovação cíclica dos recursos naturais.

O desenvolvimento sustentável envolve questões ambientais, tecnológicas, econômicas, culturais e políticas, sendo que as decisões para as mudanças que se fazem necessárias precisam ser tomadas em ambiente democrático, com a participação de todos os envolvidos.

As estratégias para o estabelecimento de equilíbrio entre desenvolvimento e preservação de recursos naturais passa pelas políticas locais, nacionais e transnacionais.

Com a crise ecológica instalada, os Estados-nação, dentro de seus territórios, podem lançar mão de novas e efetivas estratégias políticas e jurídicas que estanquem comportamentos nocivos ao meio ambiente, bem como estimular a prática de condutas benéficas que propiciem condições ideais de habitabilidade para toda a comunidade viva. "A proteção e a defesa da integridade ambiental são uma das funções mais importantes de um Estado comprometido com a sustentabilidade" (Cruz; Bodnar, 2013, p. 409).

Uma das alternativas que podem ser adotadas pelos países para alcançar um desenvolvimento econômico sustentável é a implementação de uma gestão que se utilize de instrumentos de política pública que melhorem a forma de produção e de consumo e minimizem o custo social, alcançando um determinado nível de qualidade ambiental.

> A Gestão Ambiental pode ser entendida como um processo de intervenção em determinada base territorial, na qual um conjunto de medidas e procedimentos definidos e aplicados adequadamente, visa reduzir e controlar os impactos causados pelo homem ao meio ambiente. Envolve, assim, o estabelecimento de políticas que, por meio de instrumentos, visam atingir certos objetivos ou metas previamente fixadas (Tomaz, 2003, p. 82).

Entre as soluções apontadas como viáveis para o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o cuidado ao meio ambiente, foi lançada a ideia de uma economia verde que, de acordo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA, 2022), seria inclusiva por melhorar "o bem-estar humano", além de construir uma "[...] equidade social, ao mesmo tempo em que reduz os riscos ambientais e a escassez"[3].

Mais além, ainda sob a ótica de conjugar o desenvolvimento social e econômico com a proteção ao meio ambiente, observando a

3 "Uma economia verde inclusiva é uma alternativa ao modelo econômico dominante de hoje, que exacerba as desigualdades, incentiva o desperdício, desencadeia a escassez de recursos e gera ameaças generalizadas ao meio ambiente e à saúde humana" (PNUMA, 2022).

urgência e atenção que o tema merece, ressurgiu a importância de os Estados promoverem políticas públicas voltadas para o desenvolvimento sustentável, o que demanda a cooperação do setor privado e da sociedade civil para o seu êxito.

Com a escassez dos recursos naturais, "[...] passa a ser possível imputar-lhes um valor e, consequentemente, trat*á*-los a partir de mecanismos de mercado" (Nusdeo, 2006. p. 358). Aos que preservam os serviços ambientais deve ser concedida remuneração como forma de valorização. "No sentido oposto, isto é, da cobrança pelo uso dos recursos, a legislação há muito reconheceu o princípio do *usuário pagador*, bem como do *poluidor pagador*" (Nusdeo, 2006, 358, grifos da autora). A inaptidão do mercado em estabelecer o preço relativo à preservação e uso dos recursos ambientais direciona este custo a terceiros que não participam das atividades utilizadoras dos recursos ambientais. A isso chama-se "*falhas de mercado* e, tecnicamente, de *externalidades*" (Nusdeo, 2006, p. 359, grifos da autora).

Refletindo sobre as externalidades, Nusdeo (2006, p. 359-360) posiciona-se nestes termos:

> Assim, na medida em que esses custos não são refletidos nos preços, levam à não-percepção da escassez de determinado fator de produção, muitas vezes um recurso natural, e, por consequência, à sua excessiva utilização. Neste sentido, a criação de mecanismos para a internalização das externalidades, de modo que o poluidor passe a arcar com os custos da poluição, torna-se o objetivo das normas relacionadas a essa falha de mercado.

Disso conclui-se que a principal justificativa teórica para que o Estado intervenha na economia "[...] seja para impor a cobrança pelo uso do recurso natural ou pela recuperação de sua qualidade, seja para simplesmente restringir o seu uso [...]" (Nusdeo, 2006, p. 361) é a existência dessas falhas de mercado.

Nas estratégias estatais para uma regulação e proteção ambiental, os Instrumentos Econômicos (IEs) aparecem como mecanismos de mercado previstos em um sistema jurídico "[...] que operam com incentivos financeiros dos quais é possível simular um preço da

degradação ambiental que os agentes poluidores deverão incorporar em seus custos privados" (Tomaz, 2003, p. 79).

Os instrumentos econômicos atuam diretamente nos custos de produção e consumo, funcionando como estímulos financeiros com capacidade de influenciar nas decisões do agente poluidor, induzindo-o ao comportamento almejado pela política ambiental posta.

Entre as diversas modalidades de instrumentos econômicos, encontra-se a tributação ambiental, uma ferramenta com grande potencial de utilização para a proteção ambiental e com aptidão de dar concretude e efetividade aos princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador. Os chamados tributos verdes interferem no cálculo dos custos e benefícios das atividades e, por consequência, na decisão adotada pelo agente, que se espera que contribua para a melhora da qualidade ambiental. Acaso o agente, com sua conduta, cause uma poluição, ele sofrerá um ônus de forma a desestimular a perpetuação da sua conduta nociva, ao passo que se poluir menos será agraciado com uma benesse.

A essa nova racionalidade ambiental, convencionou-se chamar de Reforma Fiscal Verde (RFV).

> Pensamos que deverá ser estimulado o *esverdeamento do sistema tributário* com o intuito de *migrar* de uma *economia marrom* – degradadora do meio ambiente – para uma *economia verde* que incentive a introdução de tecnologias limpas, o uso de energia renovável, o consumo consciente, a criação de empregos verdes e o respeito pelos limites biofísicos do Planeta (Peralta, 2015, p. 122, grifos do autor).

Para a sua implementação, é imprescindível que instrumentos de tributação ambiental sejam introduzidos no ordenamento jurídico ao mesmo tempo que ocorra uma revisão dos instrumentos tributários típicos já existentes no sistema (Borges; Tupiassu-Merlin, 2018, p. 353).

Sobre o entendimento acerca da tributação ambiental, inobstante a ausência de consenso, Borges e Tupiassu-Merlin (2018, p. 353) assim a definem:

> Os instrumentos de tributação ambiental são representados principalmente por impostos, taxas e contribuições que incorporam elementos ecológicos em suas bases imponíveis ou que variam suas alíquotas em função de um critério ecológico, de forma a fazer valer o princípio do poluidor-pagador, possibilitando a internalização de custos ambientais.

Os tributos ambientais podem ser divididos em duas categorias: os tributos ambientais/verdes *stricto sensu* (ou próprios) e os tributos ambientais/verdes *latu sensu* (ou impróprios). Os tributos ambientais *stricto sensu* "[...] possuem como hipótese de incidência uma característica ambiental [...]", sendo expressa a sua finalidade extrafiscal (Borges; Tupiassu-Merlin, 2018, p. 353). Por sua vez, a característica dos tributos ambientais *lato sensu* é o seu intuito eminentemente arrecadatório, porém "possuindo algum artefato ambiental" que produz efeito extrafiscal (Borges; Tupiassu-Merlin, 2018, p. 353).

Quando são analisados os tributos verdes estritamente ambientais, observa-se que eles funcionam como indutores de comportamentos pelos agentes poluidores, incentivando-os a adotarem atitudes que reduzam os efeitos nocivos que suas atividades possam causar ao meio ambiente.

O tributo verde próprio tem fundamento no princípio do poluidor-pagador, segundo o qual "[...] os potenciais poluidores devem arcar com a responsabilidade pelo pagamento das despesas estatais relacionadas com a precaução e a prevenção dos riscos ambientais" (Torres, 2005. p. 27). A imputação dos custos aos agentes poluidores torna aquela atividade que é prejudicial ao meio ambiente, do ponto de vista econômico do negócio, cada vez menos vantajosa.

Em última instância, os tributos ambientais objetivam equilibrar a balança dos custos internos da produção e das externalidades, estes últimos geralmente desconsiderados pelos agentes poluidores, como já explanado.

O desenvolvimento de novas formas de produção sustentáveis, acompanhado de uma tutela de indenização e de recuperação do meio ambiente com as consequentes sanções sobre os atos danificadores do

ecossistema, tem sido introduzido em alguns países com implementação mais avançada, por exemplo nos países nórdicos.

Dessa forma, os tributos são utilizados como instrumentos de políticas fiscais nas reformas fiscais verdes, quer seja como sinais que emitem aos mercados, quer seja por meio do seu poder intervencionista no comportamento da sociedade.

Advertem, contudo, Borges e Tupiasu-Merlin (2018, p. 353) que "[...] não se trata unicamente da introdução isolada de impostos e taxas ambientais". Apesar de o tributo ambiental ser visto "como um elemento-chave de toda a política fiscal do Estado", tem-se que a "[...] verdadeira reforma fiscal verde utiliza os elementos ecológicos como parâmetros de base para a definição da carga tributária geral do país" (Borges; Tupiasu-Merlin, 2018, p. 353).

Uma reforma fiscal verde deve eliminar os subsídios que se mostrem prejudiciais ao meio ambiente, assim como reduzir o ônus tributário sobre trabalho, capital e previdência social, implantando tributos ambientais que produzam receita fiscal suficiente para a manutenção de um orçamento público que possibilite a afetação às políticas públicas de bem-estar social, ao mesmo tempo que são realizados objetivos ambientais. A esse duplo benefício obtido a partir de uma reforma fiscal verde, com uma proteção ao meio ambiente atrelada a um sistema tributário otimizado (multiplicidade de fontes de receitas decorrentes da variação dos fatos imponíveis), a doutrina costuma chamar de duplo dividendo:

> [...] a proteção ambiental seria o primeiro dividendo advindo da tributação ambiental, e a eficiência do sistema seria o segundo dividendo, tendo em vista que, ao elevar a arrecadação com a inserção de tributos ambientais, tem-se a possibilidade de diminuir ou até eliminar um tributo ineficiente economicamente (Tupiassu; Gonçalves, 2019, p. 9).

Nessa perspectiva, as reformas fiscais verdes acabam por transformar integralmente a cena tributária de um Estado, com a garantia de receitas e de equilíbrio ambiental em um sistema adepto ao desenvolvimento sustentável.

A reforma fiscal verde se apresenta instituída de forma ampla em alguns países localizados no norte da Europa, a saber: Suécia, Dinamarca e Finlândia, além da Holanda que se situa no noroeste europeu. Nesses países observou-se a presença de três elementos assim caracterizados:

> [...] criação de uma comissão oficial específica visando a implementação da RFV; redução de diversos tipos de tributários não ótimos, especialmente sobre a renda e sobre as contribuições sociais; compensação da redução da tributação direta pela criação de novos tributos ambientais (aqui considerados aqueles que possuem em sua estrutura o componente ambiental) (Tupiassu; Gonçalves, 2019, p. 11).

A Suécia é considerada o primeiro país a adotar uma verdadeira reforma fiscal verde no mundo, ainda no início da década de 1990, modificando a sua base tributária, com a inclusão de fatores de poluição no lugar de fatores tributários tradicionais, o que se observa na inserção de tributos incidentes sobre CO2 e SO2, e outros produtos poluentes, como pilhas e pesticidas, por exemplo. Essa reforma englobou mais de 70 instrumentos econômicos e fisco-ambientais, o que o torna o país mais avançado no mundo nessa área (Borges; Tupiassu-Merlin, 2018, p. 358).

A Dinamarca, seguindo os passos da Suécia, criou tributos incidentes sobre energia, água, plásticos e resíduos (exploração de recursos naturais e poluição), o que possibilitou a transferência da carga tributária que incidia sobre o trabalho e a renda. Dispunha, no início do século XXI, de mais de 29 critérios ambientais (Borges; Tupiassu-Merlin, 2018, p. 358).

A Finlândia seguiu a tendência dos outros dois países escandinavos com a introdução de um imposto sobre CO2, contrabalançado com uma redução do imposto que incidia sobre a renda, o que manteve o equilíbrio do sistema tributário. A implementação da reforma fiscal verde na Finlândia focou na redução do consumo dos combustíveis e da energia, no controle da poluição das reservas de água e na regulamentação da gestão de resíduos.

A Holanda também foi um país que realizou uma reforma fiscal verde, oriunda de estudos realizados também por uma comissão

oficial que apresentou relatório aprovado pelos parlamentares do país, resultando em um sistema de tributos de cunho eminentemente ambiental voltados para os setores de energia, consumo de bens e serviços, combustíveis e armazenamento de petróleo. Como exemplos de tributos com componente ambiental presente, é possível destacar a taxa sobre a poluição da água, o imposto incidente sobre aeronaves de acordo com o ruído e o imposto sobre os combustíveis fósseis, impostos sobre depósitos de resíduos em aterros sanitários e impostos sobre a captação de água subterrânea. Verifica-se uma redução dos tributos sobre o trabalho e a renda com a inserção de novas exações sobre poluição e exploração excessiva dos recursos naturais (Tupiassu; Gonçalves, 2019, p. 15-17).

Sem uma reformulação do sistema tributário geral, em maior ou menor grau, Alemanha, Inglaterra e Portugal, de forma mais tímida, introduziram em seus sistemas alguns tributos de cunho ambiental sem que tenha ocorrido uma reformulação geral da estrutura tributária do Estado.

A Alemanha trouxe uma gradação do imposto sobre veículos motorizados, que tem variação da base de cálculo considerando as características ambientais do motor veicular, enquanto a Inglaterra traz um imposto industrial que onera o uso de carvão, gás natural, gás liquefeito de petróleo e sobre a eletricidade, com o estímulo ao uso de energia renovável por meio de isenções. Por fim, Portugal apresenta alguns tributos voltados para a proteção ao meio ambiente sem que tenham em sua estrutura elementos estritamente ambientais (Tupiassu; Gonçalves, 2019, p. 18-22).

No que diz respeito ao Brasil, a tributação apresenta alguns impostos com características ambientais, com previsão constitucional de alíquotas diferenciadas em razão do uso direcionado à defesa e à preservação do meio ambiente, como o IPTU (art. 156, §1º, II, da Constituição República Federativa do Brasil)[4], ITR (art. 153, §4º, I e art. 186, II, da Constituição da República Federativa do Brasil) e IPVA (art. 155, §6º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil).

4 Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição n. 13, de 2019, que "Altera o art. 156 da Constituição Federal, para estabelecer critérios ambientais para a cobrança do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana e desonerar a parcela do imóvel com vegetação nativa" (Brasil, 2019).

Contudo, não há em andamento uma reforma na base do sistema tributário nacional com a substituição da tributação ordinária pela tributação ambiental. Inobstante, a Constituição Federal, em seu artigo 225, estabelece expressamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com a imposição do dever de defendê-lo por parte do poder público e da coletividade, exigindo a preservação para as gerações futuras e também as atuais. Defender o meio ambiente é princípio que deve nortear a ordem econômica (art. 170, VI, da CF). Entre as iniciativas legislativas já apresentadas no Congresso Nacional Brasileiro, objetivando esverdear o sistema tributário brasileiro, podem ser mencionadas as seguintes: a PEC n. 31/2007; a PEC n. 45/2019; o PLP n. 73/2007; o PLP n. 493/2009; e o PLP n. 559/2018 (Brasil, 2023).

Em sede de discussão acadêmica, com o objetivo de contribuir no debate que permeia a possibilidade estrutural de se estabelecer uma reforma fiscal verde no Brasil, a exemplo do que ocorreu em alguns países da Europa, aponta-se como um ponto negativo a eventual ocorrência de uma tributação regressiva.

A regressividade, em um país com as características brasileiras que tem uma predominante carga de tributação indireta (contribuinte de fato é quem assume o pagamento do tributo em razão do produtor/fornecedor incluir o valor no total do custo do produto/serviço), acaba por modificar os paradigmas da justiça fiscal. Considerando que o produtor/fornecedor dos produtos e serviços é quem geralmente polui, ao agregar no preço final o custo do tributo ambiental decorrente do princípio do poluidor-pagador, haverá um produto e um serviço mais caro aos consumidores, de forma que o pobre acabará sendo mais afetado em razão da proporcionalidade do preço sobre a renda.

No sistema tradicional, a capacidade contributiva do indivíduo é observada na mensuração dos tributos que incidem sobre os rendimentos do trabalho. Com a mudança do paradigma para o princípio do poluidor-pagador, todos os contribuintes serão afetados de forma igual, o que poderá trazer problemas de ordem de justiça social.

Borges e Tupiassu-Merlin (2018, p. 363) advertem:

> A implementação de uma reforma fiscal verde, incrementando a tributação indireta que recai sobre produtos e serviços poluentes, tende, então, a conflitar com o aspecto

> redistributivo do sistema fiscal calcado na capacidade contributiva, e apresenta-se como um desafio suplementar face à enorme desigualdade social existente no Brasil.

Essa é a maior dificuldade para a construção de um apoio coletivo para a implementação da reforma fiscal verde no país, pois possivelmente aumentará o comprometimento da renda, já debilitada pela atual carga tributária, do consumidor mais pobre no pagamento de tributos.

O Brasil apresenta um contexto em que há grandes desigualdades na distribuição de rendas, com boa parte da população vivendo com a remuneração que lhe garante o mínimo existencial. Portanto, nessa conjuntura, os debates envolvendo uma reforma fiscal verde em território brasileiro precisam passar pela necessária redução da incidência da carga tributária sobre os menos favorecidos.

4 Considerações Finais

O presente artigo demonstra que a intervenção do Estado nas políticas econômico-ambientais, com o uso do direito tributário, aqui visto como mecanismo de intervenção ambiental, é tendência que se mostra irreversível. Trata-se de instrumento poderoso de atuação do Estado, que induz comportamentos e orienta atividades econômicas em busca da proteção do meio ambiente, combatendo a poluição em qualquer de suas formas.

Dentro do arcabouço das possibilidades de instauração de um Estado Ambiental, a chamada reforma fiscal verde apresenta-se como uma ferramenta política de gestão ambiental que tem boas perspectivas de alcançar o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção ao ecossistema equilibrado.

Alguns países da Europa adotaram em seu sistema tributário nacional um esverdeamento, alcançando o duplo dividendo com a criação de tributos ambientais em sentido estrito. São mudanças estruturais em um Estado e precisam ser valoradas pela sua grande valia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Suécia apresenta um modelo que combina a função extrafiscal ecológica dos tributos com a finalidade

arrecadatória que lhe é natural, de modo que os tributos ecológicos sejam um dos principais do sistema impositivo. Já a Dinamarca realizou uma reorganização em sua política, com uma transferência progressiva da carga tributária que antes incidia sobre a renda e o trabalho para a poluição e a exploração dos recursos naturais. Outros países que seguiram o exemplo de implementação de uma reforma fiscal verde são Noruega, Finlândia e Holanda. Por sua vez, Alemanha, Portugal e Reino Unido são países que não realizaram uma autêntica reforma fiscal verde, já que o meio ambiente não é elemento-chave de seus sistemas político-tributários, não tendo ocorrido compensação das alterações tributárias com a redução de outros tributos.

Verifica-se um entendimento, nos países europeus que aderiram à tributação ambiental, de que os efeitos da carga tributária sobre a renda e o trabalho impedem o desenvolvimento da economia de um país de forma que, de maneira inversa, a redução dos tributos sobre esses fatos geradores tem o potencial de incentivar a criação de novos empregos. Diante dessa situação, realizou-se, de forma gradual, o deslocamento da carga tributária incidente sobre trabalho/renda para a poluição.

A realidade social do Brasil, por sua vez, exige que os estudos e os debates acerca da mudança do regime tributário nacional, que possibilite a concretização de uma reforma fiscal verde, sigam evoluindo para que haja uma conciliação entre a tributação ambiental e os problemas decorrentes da desigualdade social existente. A Constituição Federal de 1988 contempla disposições que permitem que uma reforma dessa natureza ocorra no Brasil. O artigo 170, VI, da CF traz como princípio norteador da ordem econômica a defesa do meio ambiente. No campo nacional, apesar de o esverdeamento do sistema tributário ser tema de notável expressão, ele ainda é pouco debatido no âmbito legislativo com a mesma franqueza que encontra no campo acadêmico, Contudo, as proposições legislativas que se encontram em trâmite no Congresso Nacional são passos alentadores e importantes para o debate e a introdução da variável ambiental no sistema tributário pátrio, imprescindível para a implementação de um modelo de desenvolvimento sustentável que respeite os limites impostos pela natureza.

Referências

ARMANDA, Charles Alexandre Souza; VIEIRA, Ricardo Stanziola. A efetivação do direito ambiental no século XXI através de um Estado Transnacional Ambiental. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [*s.l.*], v. 15, n. 15, p. 148-166, 2014. Disponível em https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/461. Acesso em: 17 ago. 2022.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial**. Conceitos, modelos e instrumentos. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Felipe Garcia Lisboa; TUPIASSU-MERLIN, Lise, Vieira da Costa. A (in)viabilidade da reforma fiscal verde no Brasil. **Veredas do Direito Brasileiro**, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 347-375, set.-dez. 2018.

BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 13, de 2019**. Altera o art. 156 da Constituição Federal, para estabelecer critérios ambientais para a cobrança do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana e desonerar a parcela do imóvel com vegetação nativa. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135609. Acesso em 8 fev. 2023.

BRASIL. **PEC n. 31/2007; PEC n. 45/2019; PLP n. 73/2007; PLP n. 493/2009; PLP n. 559/2018**. [2023]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada. Acesso em: 11 fev. 2023.

BUSNELLO, Saul Jose. Direito Transnacional e meio ambiente: Ponderações sobre a relação homem x meio ambiente. *In*: VIEIRA, Ricardo Stanzilola; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (org.). **As dimensões transnacionais do direito ambiental**. Interfaces da governança ambiental e da sustentabilidade. Itajaí: Univali, 2017. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat07566a&AN=SIB.222552&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site. Acesso em: 16 ago. 2022.

CÂMARA, João Batista Drumond. Governança ambiental no Brasil: ecos do passado. **Rev. Sociol. Polít**., Curitiba, v. 21, n. 46, 2013.

CASTRO, Ana Carolina E. dos Santos Guedes de; AMAYA, Ornella Cristine. A Educação como Instrumento de Governança Transnacional. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (org.). **Governança e sustentabilidade**: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 145-166.

CAVALCANTI, Clóvis. Economia e Ecologia: Problemas da Governança Ambiental no Brasil. **Revibec: Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, [en línia], v. 1, p. 1-10, 2004. Disponível em: https://raco.cat/index.php/Revibec/article/view/38276. Acesso em: 13 abr. 2022.

COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. **An overview of our Global Neighbourhood – The Report of the Commission on Global Governance**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

CORRÊA, Fernando Rafael; PIFFER, Carla. A Governança Transnacional como ressignificação do poder e da Democracia. **Revista Resenha Eleitoral**, Florianópolis, v. 24, n. 2, p. 43-64, jul.-dez. 2020. Disponível em: https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/view/21. Acesso em: 12 mar. 2022.

CRUZ, Paulo Márcio, BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat07566a&AN=SIB.222551&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site. Acesso em: 18 ago. 2022.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de Governança Transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. **Revista Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Macapá, n. 2, p. 139-153, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio, BODNAR, Zenildo. A governança transnacional ambiental na Rio + 20. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [*s.l.*], v. 3, n. 2, p. 406-422, jul.-dez. 2013. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2550. Acesso em: 12 set. 2022.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**, [*s.l.*], v. 1, n. 4, 2009. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054/11488. Acesso em: 16 ago. 2022.

FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Trasformaciones del Derecho. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/editora-univali/Direito%20Ambiental,%20Transnacionalidade%20e%20Sustentabilidade.pdf. Acesso em: 16 ago. 2022.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; ABREU, Rodrigo Diel de; SANTOS, Elizabete Andrade dos. Apontamentos sobre o direito à pequena propriedade rural como garantia da dimensão social da sustentabilidade. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 11, p. 119-135, 2021.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; Garcia, Heloise Siqueira. Governança Ambiental Global como critério regulador e garantidor da justiça ambiental. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1-17, jul.-dez 2016.

GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidade e dilemas. *In*: GENTILI, Pablo (org.). **Globalização excludente.** Petrópolis: Vozes, 1999. p. 16-35.

JACOBI, Pedro Roberto; SINISGALLI, Paulo Antonio de Almeida. Governança ambiental e economia verde. **Ciência e Saúde Coletiva**, [*s.l.*], v. 17, p. 1.469-1.478, 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/DBXxLJvGdzr8yLLMbYms8ym/?lang=pt. Acesso em: 22 jun. 2023.

KOOIMAN J. **Modern Governance**: New Government-Society Interactions. London: Sage, 1993.

LORENZETTI, Julia Vaz; CARRION, Rosinha Machado. Governança ambiental global: atores e cenários. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 721-735, 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/5492. Acesso em: 7 set. 2022.

MERLIN, Lise Vieira da Costa Tupiassu; BORGES, Felipe Garcia Lisboa. A (In)viabilidade da Reforma Fiscal Verde no Brasil. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 347-375, 2018. Disponível em: http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1243. Acesso em: 16 ago. 2022.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. O uso de instrumentos econômicos das normas de proteção ambiental. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, p. 357-378, jan.-dez. 2006.

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

PERALTA, Carlos E. Reforma fiscal verde e desenvolvimento sustentável: tributação ambiental no Brasil. Perspectivas. *In*: DE CARLI, Leonardo de Andrade Costa; RIBEIRO, Ricardo Lodi (org.). **Tributação e sustentabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. p. 48-76.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. 2014. 345p. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2014. Disponível em: http://siaibib01.univali.br/pdf/carla%20piffer.pdf. Acesso em: 7 set. 2022.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. A transnacionalidade, as migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista Jurídicas**, [*s.l.*], v. 16, n. 2, p. 11-28, 2019. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.0284e12ee243f495a11716eafb479a&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site. Acesso em: 16 ago. 2022.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. *In*: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Reibeito; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). **Transnacionalidade e Sustentabilidade**: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. Porto Velho: Emeron, 2018. p. 8-27.

PIFFER, Carla; PAULA, Felipe Mottin Pereira de. A estruturação da governança ambiental global e a necessidade de criação de um órgão de controle externo do patrimônio ambiental transnacional: uma análise a partir da experiência do Tribunal de Contas europeu. *In*: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro (org.). **Transnacionalidade e sustentabilidade**: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. 1ed.Porto Velho: EMERON, 2018. v. 1, p. 52-72.

PNUMA – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **Sobre o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente**. [2022]. Disponível em: https://www.unep.org/pt-br/sobre-onu-meio-ambiente. Acesso em: 7 set. 2022.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de.; SOUZA, Eduardo Teixeira de. Regras de Governança: Pressupostos de Eficiência e Qualidade na Gestão Sustentável da Administração Pública. **ESG Law Review**, São Paulo (SP), v. 2, n. ssue, p. 01-15, e01609, 2019. DOI: 10.37497/esg.v2issue.1609. Disponível em: https://esglawreview.org/convergencias/article/view/1609. Acesso em: 27 mar. 2023.

STAFFEN, Marcio Ricardo. A redução do Estado constitucional nacional e a ascensão do direito global! há espaço para os juizados especiais federais? *In*: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global**: transnacionalidade e globalização jurídica. Itajaí: Univali, 2013. p. 74-90.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15-54.

TOMAZ, Gilsane de Arruda e Silva. Imposto – Instrumento de Políticas Pública de Gestão Ambiental – Custos e benefícios para a sociedade. **Caderno de Publicações Univag**, [*s.l.*], n. 1, p. 79-92, 2003. Disponível em: https://periodicos.univag.com.br/index.php/caderno/issue/view/23/showToc. Acesso em: 13 set. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. Valores e princípios no Direito Tributário ambiental. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21-54.

TUPIASSU, Lise; GONÇALVES, Amanda de Souza; GROS-DÉSORMEAUX, Jean-Raphaël. Análise das Reformas Fiscais Verdes no Panorama Europeu. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET**, Brasília, DF, v. 14, n.1, p. 1-27, jan.-jun. 2019.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

UNICEF – FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. [2022]. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 7 set. 2022.

André Doumid Borges

Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) com dupla titulação pela Universidade de Alicante (UA) – Espanha. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPeL).

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

Endereço profissional: Rua Coronel Marcos Rovaris, n. 230, Sala 1.011, Centro, Criciúma, SC. CEP: 88801-100.

Nataniel Martins Manica

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Territorio, 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.

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

Rodrigo Diel de Abreu

Procurador do Estado de Santa Catarina. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) com dupla titulação pela Universidade de Alicante (UA) – Espanha. 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.

Endereço profissional: Av. General Osório, n. 985 D, Ed. Alleanzza, Centro, Chapecó, SC. CEP 89802-210.

Recebido em: 03/07/2023

Aceito em: 19/07/2023

Como referenciar este artigo

BORGES, André Doumid; MANICA, Nataniel Martins; ABREU, Rodrigo Diel de. A Reforma Fiscal Verde – Breves Apontamentos sobre o Panorama Europeu e a Viabilidade de sua Implementação no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 71-95, dezembro de 2023.

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

Advocacia Pública Extrajudicial: um olhar sobre a concretização do acesso à justiça e aos direitos

Marcelo Adriam de Souza[1]

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

Resumo

O presente artigo teve por objetivo analisar as possibilidades de atuação extrajudicial como instrumento de concretização do acesso aos direitos e à justiça. Partindo-se da ideia de que a categoria acesso à justiça abrange o acesso ao Judiciário e aos direitos, considerando-se as atribuições constitucionais pertinentes, incursiona-se nas possibilidades de atuação da Advocacia Pública na concretização do interesse público por meio do reconhecimento e da declaração de direitos na via extrajudicial. O estudo conclui que a inserção da Advocacia Pública extrajudicial pode funcionar como instrumento efetivo de promoção do interesse público, contribuindo para a progressiva ampliação do acesso aos direitos e à justiça.

Palavras-chave: Advocacia pública; Extrajudicial; Acesso à justiça; Acesso aos direitos.

Extrajudicial Public Advocacy: a look at the implementation of access to justice and rights

Abstract

This article aimed to analyze the possibilities of extrajudicial action as an instrument for achieving access to rights and justice. Starting from the idea that the category access to justice covers access to the Judiciary and rights, considering the pertinent constitutional attributions, it looks into the possibilities of Public Advocacy's action in realizing the public interest through recognition and declaration of rights extrajudicially. The study concludes that the insertion of extrajudicial Public Advocacy can function as an effective instrument for promoting the public interest, contributing to the progressive expansion of access to rights and justice.

Keywords*: Public advocacy; Extrajudicial; Access to justice; Access to rights.*

1 Introdução[1]

O presente artigo científico tem por objetivo incursionar a análise, sem a pretensão de esgotamento do tema, nas possibilidades de atuação extrajudicial como instrumento de concretização do acesso aos direitos e à justiça.

Em outras palavras, a pesquisa em tela pretende responder às seguintes indagações: Quais as concepções acerca das categorias: acesso à justiça e acesso aos direitos? Qual o papel da Advocacia Pública no ambiente extrajudicial? Quais as contribuições da atuação extrajudicial da Advocacia Pública para concretização do acesso aos direitos e à justiça?

Em um apanhado geral, sem descurar da perspectiva de acesso aos tribunais e ao Poder Judiciário, para os fins da presente investigação, busca-se identificar a reconfiguração das capacidades da Advocacia Pública em um ambiente extrajudicial. Procura-se apurar, assim, possibilidades de viabilização da participação do cidadão/administrado na construção de soluções para conflitos na perspectiva do interesse público na via extrajudicial, sobretudo em termos de informação e novas vias para essa realização.

Para tanto, o estudo principia com considerações a respeito das categorias acesso à justiça e acesso aos direitos, destacando alguns de seus principais aspectos aproximativos e distintivos. Considera-se que a categoria acesso à justiça abrange o acesso ao Judiciário e o acesso aos direitos. Embora não se descuide da primeira acepção, o estudo centra seu foco no acesso aos direitos, enfatizando que a atuação da Advocacia Pública pode se dar com amplitude no ambiente extrajudicial.

Após, serão delineadas as atribuições constitucionais da Advocacia Pública, em especial seus pontos de contato com o acesso aos direitos e à justiça.

Na sequência, o estudo aprofundará as possibilidades de atuação da Advocacia Pública no ambiente extrajudicial, aqui entendida

---

1 O presente artigo científico foi desenvolvido como etapa avaliativa e de acordo com reflexões formuladas na disciplina "Acesso ao Judiciário e aos Direitos", do curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade da Região do Vale do Itajaí (UNIVALI), ministrada pelo professor Doutor Bruno Makowiecky Salles, durante o segundo semestre de 2022.

como a promoção do interesse público em ambientes extrajudiciais, concretizadas mediante o acesso ao reconhecimento e à declaração de direitos, além de outras atividades destinadas à formulação de soluções jurídicas aos conflitos de interesses com a Sociedade.

Finaliza-se por analisar algumas possibilidades práticas de atuação, em especial pela via do protesto extrajudicial de dívidas fiscais e a instituição da execução fiscal extrajudicial, além das atividades de informação e orientação jurídicas.

O presente relatório de pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são expostas as principais inferências realizadas ao longo do presente trabalho.

Para a investigação do tema proposto, o instrumental metodológico compreende a utilização da pesquisa bibliográfica com apoio no Método Dedutivo[2], concretizado por meio das técnicas do Referente, da Categoria[3] e dos Conceitos Operacionais[4]. Como ponto de partida, segue-se a hipótese de que a (re)orientação das capacidades de atuação da Advocacia Pública no ambiente extrajudicial pode servir como instrumento de ampliação da concretização e do acesso aos direitos e à justiça. Essa percepção poderá ser confirmada com o aperfeiçoamento do tratamento das demandas em palcos extrajudiciais, problematizadas com as respostas da ciência jurídica para promoção do interesse público em vias não judiciais.

Por razões de ordem metodológica e opção científica, a temática que será analisada no presente texto diz respeito à concretização de direitos na esfera extrajudicial, mediante a atuação da Advocacia Pública. Daí porque, embora não se desconheça a relevância da representação judicial propriamente dita e, em que pese possa haver abordagens incidentais com tal enfoque, o núcleo da presente investigação se materializa, essencialmente, fora dos tradicionais lindes judiciais.

---

2 Por método dedutivo, compreende-se a base lógica operacional da Pesquisa Científica que parte de uma formulação geral com relação ao Tema antecedentemente estabelecido como objeto da investigação (Pasold, 2018, p. 104).

3 Denomina-se categoria a "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia" (Pasold, 2018, p. 31).

4 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 (Pasold, 2018, p. 43).

2 Acesso à Justiça e aos Direitos: reflexões fundamentais

Em se tratando de reconhecimento de direitos e obtenção de soluções para conflitos entre esferas jurídicas distintas e indivíduos, é frequente o recurso à categoria acesso à justiça. Porém, para que se possa compreender a amplitude do seu significado e problematizar as possibilidades de sua incidência no contexto sociojurídico, julga-se necessário indagar: o que se deve compreender por acesso à justiça? Quais as distinções entre acesso ao Judiciário e acesso aos direitos? Quais as contribuições da atuação extrajudicial para ampliação do acesso à justiça?

Antes de enfrentar propriamente as interrogações propostas, é importante perceber que o significado de acesso à justiça não pode ser compreendido senão em seu contexto histórico e social. Ou seja, não se trata de categoria abstrata e isolada da dinâmica social, mas sim que se expressa nas (e pelas) interações humanas, sendo forjado de acordo com as variadas formações sociais e, em determinado período epocal. Algumas amostras dessa constatação estão presentes em investigações que vêm se dedicando a analisar tal dinâmica evolutiva.

Conforme apontado por Santos *et al.* (2002), a transformação do acesso ao direito e à justiça foi muito acelerada. No século XIX, os cidadãos passavam toda a sua vida sem sequer pensar em se dirigir à justiça, sendo que o direito era relativamente simples e respeitado por todos. Hoje, são estabelecidas mais relações com a administração do que com os concidadãos e, então, o problema do acesso à justiça no Estado-Providência acaba sendo o problema do acesso ao mecanismo e ao controle da imparcialidade das decisões.

Em sentido material, desde a investigação conduzida por Mauro Capeletti e Bryan Garth (1988, p. 8), é possível perceber o protesto pela necessidade de reforma das instituições jurídicas no sentido de garantir acesso não meramente simbólico, mas sim efetivo à Justiça. Ou seja, parte-se de uma abordagem que se projeta no reconhecimento dos problemas e obstáculos concretos para a prioridade de realização do acesso efetivo, ao contrário da noção vigorante durante o período das sociedades burguesas dos séculos XVIII e XIX.

A esse respeito, pontuam os mencionados pesquisadores:

> As reformas eram sugeridas com base na teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população (Capelletti; Garth; 1988, p. 10).

Essa perspectiva, para além de viabilizar seu reconhecimento por parte das Cartas Constitucionais, parece vincular sua concretização às condições criadas pelo poder público e pela própria Sociedade[5]. Ao que tudo indica, é no efetivo reconhecimento do acesso à justiça como garantia constitucional de caráter social que avulta a atuação do Estado na instituição de instrumentos aptos à reivindicação desse direito e ao desenvolvimento da própria Sociedade como um todo.

Admitindo certas dificuldades na sua definição, Capeletti e Garth (1988) identificam o que pode ser designado por essencial ao acesso à justiça, ensinando que:

> A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo (Capeletti; Garth, 1988, p. 8)[6].

---

5 Grafa-se a Categoria Sociedade com letra inicial maiúscula justamente para permitir o resgate da importância em relação à Categoria Estado. Nesse sentido, transcreve-se a seguinte lição de Pasold (2018, p. 179, grifos do autor): "[...] Sustento esta sugestão na seguinte lógica: se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e a mantenedora do Estado! **Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!**".

6 Acerca da abordagem evolutiva da concepção de Acesso à Justiça, pontificam os autores que, nos Estados liberais burgueses do século XVIII e XIX, vigorou uma noção essencialmente

Nessa quadra histórica, o acesso à justiça pode ser percebido como "[...] **o mais básico dos direitos humanos** – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos" (Capeletti; Garth; 1988, p. 12, grifos meus). Assim, por expressar verdadeiro ponto de conexão do cidadão com a entidade político-jurídica e com o sistema de direitos e garantias jurídicas que regem a vida digna em Sociedade, é que se pode conceber o acesso à justiça como verdadeiro pressuposto do exercício da cidadania.

Essa perspectiva parece encontrar seu fundamento na ideia de participação democrática, por meio das possibilidades de reivindicação e de reconhecimento de direitos. Representa, assim, um dos pilares da democracia, possibilitando que as leis e os direitos sejam reivindicados por todos, além de viabilizar a cada cidadão a prerrogativa de ter as suas pretensões apreciadas e os seus direitos efetivados em igualdade de condições (Salles, 2019, p. 27).

Outrossim, levando-se em conta as sociedades ocidentais, é também importante observar que, contemporaneamente, o acesso à justiça integra a categoria Direitos Humanos no plano internacional e Direito Fundamental de caráter prestacional, no plano interno, das Constituições. Trata-se de função primordial do Estado que deve proporcionar meios e alcançar aos cidadãos instrumentos de ação e de concretização para suas demandas nas mais diversas instâncias, sejam jurisdicionais ou não.

Logo, por veicular algumas das preocupações contempladas na presente investigação, justo prestigiar o conceito operacional proposto por Bruno Salles (2019), segundo o qual a expressão acesso à justiça envolve duas acepções, uma em sentido amplo e outra em senso mais restrito, podendo ser entendido:

> [...] como o direito humano no campo internacional, e fundamental no plano interno, positivado comumente sob a forma de norma-princípio, ou mesmo implícito

individualista e formal, implicando "[...] o direito formal de o indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação [...]" (Capelletti; Garth; 1988; p. 9-11). Posteriormente, com o paulatino desenvolvimento e reconhecimento dos denominados direitos sociais, de cunho essencialmente prestacional, fez-se a inauguração de uma fase de reconhecimento efetivo do acesso à justiça como um direito fundamental garantido nas Constituições, a exigir uma atuação positiva do Estado em prol de sua concretização (Capelletti; Garth; 1988).

> no ordenamento, com valor próprio e também função instrumental a outros direitos, cujo conteúdo é complexo, permite enfoques técnico-processuais e democrático-institucionais, bem como envolve, preponderantemente, prestações estatais e condutas de atores privados, mas ainda incorpora aspectos de direitos de liberdade e participação, especificando-se (*stricto sensu*) nas possibilidades de (i) Acesso aos Tribunais para a prestação jurisdicional e de (ii) Acesso aos Direitos em palanques extrajudiciais, em termos de informação, consultoria e métodos alternativos de resolução de conflitos, noções que interagem entre si e têm seu conteúdo e extensão dependentes da tarefa interpretativa dos juízes, na tensão entre o grau de normatividade do direito e as restrições fáticas e jurídicas existentes (Salles, 2019, p. 36).

Por tais motivos, o presente estudo dedica ênfase especial à segunda acepção, voltada para o estudo dos meios que possibilitam a concretização extrajudicial de direitos. Ou seja, o implemento de direitos por vias que não necessariamente requerem o ajuizamento de uma demanda (processo judicial) para o atingimento de sua finalidade, embora possível tal propositura, em caso de opção do usuário/cidadão.

Esse foco de análise também se justifica porque permite explicar que as funções do Estado contemporâneo merecem ser ajustadas às transformações sociais que se manifestam em uma perspectiva transnacional e até global (Cruz; Stelzer; 2009, p. 16-21)[7]. Sobretudo em um cenário de aceleração de transformação das relações sociais, essas funções devem ser guiadas por valores comuns à coletividade como, notadamente a promoção da dignidade humana, enquanto pautas de convivência social. E, não por acaso, pesquisas recentes têm suscitado a necessidade de percepção do fenômeno como expressão de um verdadeiro Direito Global, com capacidade para contemplar o

7 Como afirmam os autores: "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 envolvedor, a Transnacionalidade é nascente de um terceiro espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional" (Cruz; Stelzer; 2009, p. 21).

tratamento de problemas globais, por meio de atores globais e instituições jurídicas globais (Staffen, 2018, p. 39).

Com efeito, o acesso à justiça, sob o viés extrajudicial, parece assumir potencial de reconexão do Estado com a Sociedade, inserindo-se na perspectiva de participação social não somente na conquista, mas também no reconhecimento e exigibilidade de pretensões jurídicas legitimamente instituídas pela Constituição. Ou seja, busca-se valorizar o elemento social e também de organização sociopolítica na concretização dos objetivos e metas regulados pela via do acesso aos direitos.

Em uma leitura pragmática e alinhada com a perspectiva investigativa acima exposta, cabe examinar o acesso aos direitos sob o viés da concretização (efetivação) dos direitos. Assim, é fundamental identificar alguns elementos funcionais que podem viabilizar a contribuição da Advocacia Pública para o progressivo acesso da Sociedade ao reconhecimento e à concretização dos direitos em uma perspectiva extrajudicial.

3 Atribuições Constitucionais da Advocacia Pública e suas Conexões com o Acesso aos Direitos e à Justiça

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 exercitar essa função é a Advocacia Pública. Mas, qual o papel que restou reservado pela Constituição a essa 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 a promoção dos interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por força da Constituição de 1988[8], suas atribuições são

8 "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

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[9], bem como das demais prerrogativas asseguradas aos advogados pela Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados (Brasil, 1994a).

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 artigo 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 (artigo 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 (Brasil, 2015) pode ser considerado paradigmático para a instituição, porquanto inovou ao conferir, entre 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

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).

9 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" (Brasil, 2020a).

> 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[10]. 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[11].

Em uma acepção mais específica, Rossato *et al.* (2015) afirmam 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 economia mista, visto que gozam de personalidade jurídica de direito privado (Brasil, 1988, art. 173, §1º).

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

---

10 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 [...] (Brasil, 1988).

11 A esse respeito, conforme disposto no artigo 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 (Brasil, 1988).

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 (Brasil, 2020b).

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 significa restringir a força institucional do Estado na busca pela concretização da indisponibilidade do patrimônio público e da probidade administrativa.

Outrossim, parece justo afirmar que a orientação constitucional é no sentido de que o exercício da representação do Estado seja exercida de forma equilibrada, seja em juízo, mas também fora desse âmbito. Ou seja, ainda que a missão institucional do órgão de defesa do interesse público seja tradicionalmente exercida no âmbito das demandas judiciais, contemporaneamente vem tomando ainda mais força a necessidade de a instituição voltar seus olhos e o alcance de seus órgãos para a seara extrajudicial.

Tendo por norte tais reflexões, vale investigar, no que pertine ao objeto da presente análise, em que medida a atuação da Advocacia Pública pode ser acionada para a concretização do acesso à justiça e aos direitos, em especial no ambiente extrajudicial.

4 Advocacia Pública Extrajudicial e o Acesso aos Direitos

A primeira grande questão-chave na construção de respostas para tal questionamento parece ser justamente a constatação da dificuldade de formação de uma consciência jurídica acerca da eventual lesão ou ameaça de lesão a um direito. Como segundo ponto, levanta-se a necessidade e possibilidade de acesso a palanques extrajudiciais que possam conduzir ao reconhecimento e efetivação desse direito.

O confirmar dessa constatação inicial pode ser colhido por vários estudos que se debruçaram sobre o tema, sobretudo no que tange ao acesso aos direitos. A esse respeito, o relatório de pesquisa elaborado pelo Observatório Permanente de Justiça vinculado à Universidade de Coimbra (Portugal) apontou com precisão a seguinte conclusão:

> Os nossos direitos só são efectivos se tivermos consciência deles e, na eventualidade de nos considerarmos lesados, podermos recorrer a uma instância ou entidade à qual se reconheça legitimidade que dirima esse nosso litígio com o lesante (Santos *et al.*, 2002, p. 1).

Essa percepção reforça a hipótese de que o acesso à justiça em sentido material envolve não somente o acesso às cortes jurisdicionais, mas que se faz indispensável a sistematização de instituições capazes de operar a acessibilidade de direitos em outras instâncias que não somente as judiciárias. Logo, para que haja a ampliação de tais capacidades, indispensável ativar instituições no âmbito do poder público e no campo privado que possam pavimentar essas vias de acesso.

Com esse olhar, demonstra-se que o acesso aos direitos envolve um conceito amplo, implicando estudos sobre o direito à informação, a consulta e o patrocínio jurídico, e não somente judicial. É dizer, implica assegurar aos cidadãos condições de conhecer seus direitos, não se resignar face a sua lesão e ter condições para vencer as barreiras a esse acesso[12].

---

12 Consoante percebido pelo Observatório lusitano: "O nosso estudo parte da hipótese geral que o acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado. Assim, garantir o acesso ao direito é assegurar que os cidadãos, em especial os socialmente mais vulneráveis, conhecem os seus direitos, não se resignam face a sua lesão e tem condições para vencer os

Ou seja, confere-se especial importância ao tratamento em âmbito extrajudicial e até informal dos conflitos jurídicos. E é nesse cenário que se incorpora a participação da Advocacia Pública, não somente como órgão de representação dos entes federados, mas, sobretudo, como função essencial para a prestação e o acesso à Justiça, nos termos preceituados pela própria Constituição da República (Brasil, 1988, art. 131 a 132).

A compreensão que se pode adicionar a essa percepção é de que o aperfeiçoamento institucional pode e deve ser buscado não somente do ponto de vista do acesso às instâncias jurisdicionais, mas especialmente fora delas. Para tanto, o reconhecimento e a reivindicação de direitos há de contar com instituições orientadas para a recepção, tratamento e prestação de informações úteis para a formação de consciência e para as práticas de viabilização de acesso efetivo à justiça.

É possível imaginar, assim, a possibilidade de reformulação de protocolos de atuação e das práticas institucionais, historicamente voltadas para o tratamento de demandas em juízo. A forma pela qual as pretensões não judiciais são processadas atrai a necessidade de remoção dos obstáculos para a formulação de soluções jurídicas e a prestação de uma justiça mais eficiente do ponto de vista da acessibilidade, e não somente em termos quantitativos e/ou de índole meramente procedimental (formal).

Como afirmam Capelletti e Garth (1988, p. 165):

> Esse belo sistema é frequentemente um luxo; ele tende a proporcionar alta qualidade de justiça apenas quando, por uma ou outra razão, as partes podem ultrapassar as barreiras substanciais, que ele ergue à maior parte das pessoas e a muitos tipos de causas. A abordagem de acesso à justiça tende a atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto das instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários.

Nesse sentido, a Advocacia Pública, como anteriormente afirmado, embora tradicionalmente voltada para a promoção judicial do

custos de oportunidade e as barreiras econômicas, sociais e culturais a esse acesso" (Capelletti; Garth, 1988, p. I).

interesse público, parece atualmente encontrar no palco extrajudicial a via profícua em ordem a permitir verdadeira reconexão entre Estado e Sociedade, tendo por norte a Constituição. Tudo principia pela construção de novas visões acerca das capacidades institucionais[13], perpassando pela dotação de recursos e de instrumentos que possibilitem sua inserção efetiva nas práticas de orientação, prestação de informações e de atuação efetiva no âmbito extrajudicial.

Essa abordagem extrajudicial à justiça e aos direitos apresenta o potencial de atacar as barreiras que dificultam com que vários segmentos sociais – inclusive a própria Fazenda Pública – acessem o sistema judicial e dele obtenham o resultado almejado quanto ao interesse público. Portanto, foca na necessidade de aperfeiçoamento não somente dos procedimentos judiciais, agentes e órgãos que compõem dito sistema, mas também nas instituições encarregadas de viabilizar o acesso à justiça e, por via de consequência, dos próprios direitos. (Capelletti; Garth; 1988, p. 165).

Nesse sentido, capacitar o Estado e a Sociedade, por intermédio da Advocacia Pública, para realização dessa função de instrumentalização do reconhecimento efetivo de direitos pode mitigar e até promover a neutralização de tais barreiras. Primeiro, porque aludida instituição expressa aparato estatal apto para direcionar sua intervenção não somente judicial nas controvérsias, mas podendo atuar como entidade de promoção do interesse público, por meio da concretização dos direitos dos administrados, ainda que em cortes não estatais[14].

Além disso, esse *iter* de reconhecimento, garantia e acesso à concretização de direitos exige a participação não somente de instituições estatais (formais), mas também não estatais e até informais nas funções de orientação, de apoio e de reivindicação jurídicas.

---

13 A noção de capacidades institucionais aqui defendida compreende o âmbito de ação não somente das instâncias do poder público, mas também dos mais variados segmentos da Sociedade, como Observatórios Sociais, Organizações Religiosas, Associações civis, Associações de Moradores, entidades de representação dos consumidores, etc.

14 No sentido aqui proposto, ensinam Mauro Capeletti e Bryan Garth (1988, p. 165): "A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades, dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores, é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso à justiça. A finalidade não é fazer uma justiça 'mais pobre' mas torná-la mais acessível a todos, inclusive aos pobres".

Nesse processo, a Advocacia Pública parece possuir amplas possibilidades de inserção, seja com instrumental científico, técnico, informacional e, também a **experiência**[15] técnico-institucional na promoção e defesa do interesse público.

E os sinais de urgência dessa nova configuração não são raros e passíveis de demonstração.

Diagnóstico revelado pelas pesquisas encarregadas de analisar o funcionamento e os resultados do acesso à justiça pela via judicial parecem confirmar aludida necessidade. Embora alguns indicadores demonstrem um sensível e progressivo aumento no nível de eficácia da entrega da prestação jurisdicional pelas vias estatais, ainda há muito a se avançar no que tange ao acesso à justiça e à realização dos direitos.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2021, identificou-se um total de 77,3 milhões de processos em tramitação no Judiciário brasileiro. Entre eles, 15,3 milhões (19,8% do total) são processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura (CNJ, 2022). Os dados disponíveis evidenciam o grau de congestionamento e os elevados níveis de litigiosidade que agravam o funcionamento do sistema de justiça brasileiro.

E, ao se analisar os indicadores de produtividade dos órgãos e servidores que compõem a força de trabalho do Poder Judiciário, logo se percebe a incongruência de se buscar uma saída exclusiva na porta oficial. Isso porque, conforme o mesmo levantamento produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2022, p. 117-144), o Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) cresceu 11,6%, em 2021, em relação

15 Acerca da noção de experiência, oportunas as lições trazidas por Larrosa Bondía (2002, p. 22), segundo o qual: "A experiência é o que nos passa, o que nos acontece, o que nos toca. Não o que se passa, não o que acontece, ou o que toca. A cada dia se passam muitas coisas, porém, ao mesmo tempo, quase nada nos acontece. Dir-se-ia que tudo o que se passa está organizado para que nada nos aconteça. [...]". Para o referido autor, a experiência pouco ou nada tem a ver com a informação e com a opinião. Ao contrário, a sociedade moderna, prenhe de informações e difusão de conhecimentos, provoca e questiona dos sujeitos o processamento e a emissão de opiniões que não significam experiência e que podem até mesmo anular as possibilidades de experiência (Bondía, 2002). Logo, mais do que propriamente a emissão de opiniões técnicas e manifestações processuais, a experiência técnico-institucional há de abranger a capacidade de orientação e formulação de soluções jurídicas para a concretização de direitos na via extrajudicial, tendo por norte o interesse público manifestado no seu contexto histórico-social.

a 2020, o que representa a baixa de 1.588 processos por magistrado ou magistrada. O Índice de Produtividade dos Servidores (IPS-Jus) também cresceu em 13,3%.

Outra amostra setorial desse quadro é fornecida ao se analisar os processos de execuções fiscais. Segundo o estudo, os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 35% do total de casos pendentes e 65% das execuções pendentes no Poder Judiciário. A taxa de congestionamento das execuções fiscais foi de 90%, ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram em 2021, apenas 10 foram baixados. O percentual é 15,8 pontos superior à taxa de congestionamento em toda a Justiça (74,2%) (CNJ, 2022, p. 170-177).

No mesmo norte, apurou-se que:

> A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 65% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 35% do total de casos pendentes e congestionamento de 90% em 2021 (CNJ, 2022, p. 171).

Diante de tais constatações, embora seja ainda a principal via de acesso, verifica-se que a reivindicação de direitos por intermédio do Poder Judiciário e do processo judicial parece ser reconhecidamente custosa, morosa e ainda pouco eficiente. Além disso, segundo vem sendo apontado por pesquisas especializadas, tem se mostrado não totalmente capaz de eliminar as denominadas barreiras de acessibilidade, como a inaptidão para reconhecimento de direitos e a consequente proposição de demandas, além dos déficits institucionais, segundo tem sido apontado por vozes especializadas[16].

A esse respeito, observam Capelletti e Garth (1988, p. 22-23):

> [...] num primeiro nível, está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa

16 Acerca do ambiente institucional envolto na questão das barreiras de acessibilidade à justiça, o estudo conduzido por Capelletti e Garth (1988, p. 24) apontou: "[...] Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho".

> barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos.

Essa percepção dificulta sobremaneira a aproximação do cidadão e sua consequente inclusão no sistema de justiça, o qual parece ser forçado a se contentar com uma visão ainda muito distante das instituições de justiça, a ponto de desejar, na imensa maioria das vezes, se manter fora do ambiente judicial, espaço ainda pouco inclusivo.

Em suma, é importante compreender a categoria Acesso à Justiça em seu significado substantivo, expressando os seguintes elementos:

> [...] que as técnicas processuais servem a funções sociais (9); que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada (10) e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação e o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social (Capeletti; Garth; 1988, p. 12-13).

Tais evidências enfatizam a importância de se pensar e de implementar soluções inovadoras para o problema do acesso à justiça, por exemplo, a abertura de novos canais de fomento e concretização de direitos. E essa via há de contemplar a capacitação de instituições públicas incumbidas do recebimento, orientação, tratamento e proposição de soluções aos conflitos e, principalmente, ao **reconhecimento extrajudicial** de direitos.

Portanto, pode-se concluir, ainda que em sede não definitiva, que, para romper com essas barreiras de acesso à justiça e ao reconhecimento e realização dos direitos, faz-se indispensável a construção de novos ambientes de possibilidades extrajudiciais de atuação da Advocacia Pública. A produção e a difusão de conhecimentos jurídicos, associados às capacidades institucionais de orientação, aconselhamento e construção de vias de reconhecimento e declaração de direitos hão de ser algumas das respostas a serem buscadas aos questionamentos inicialmente propostos.

Embora ainda não seja prática consolidada e difundida em âmbito brasileiro, algumas possibilidades são vislumbradas, valendo o estudo e a identificação como possíveis ambientes de concretização de direitos e ampliação do acesso à justiça em palanques extrajudiciais.

5 Advocacia Pública e o Ambiente Extrajudicial: algumas práticas em evidência

Consoante ficou demonstrado, há espaço amplo para atuação da Advocacia Pública na ampliação do acesso à justiça e aos direitos, especialmente em palcos extrajudiciais. Ainda que não seja de percepção corrente, cabe à ciência jurídica evidenciar tais possibilidades, mesmo que eventualmente apoiada por outros campos de pesquisa.

Nesse intento, é preciso recordar que a expressão **acesso aos direitos** implica o reconhecimento de que a promoção, a conquista e a concretização dos direitos não necessariamente depende de seu ingresso em Juízo, podendo se realizar em outras instâncias, que não somente às vinculadas ao Poder Judiciário. Assim, por exemplo, compreende a defesa e reconhecimento dos direitos no âmbito administrativo, legislativo, privado, entre outras arenas estatais ou não estatais.

Levando isso em conta, a expressão acesso à justiça parece conquistar significado muito mais próximo da realidade social, compreendendo o impacto desses meios na concretização dos direitos dos cidadãos pelas múltiplas instâncias de interação[17]. Serve, assim, como elemento de ligação entre o interesse público, por exemplo, e a realização de direitos provenientes das esferas individuais, suscitando inúmeras possibilidades de aplicação prática.

É justamente nesse processo de conscientização, informação e acesso que os órgãos e as entidades vinculados ao exercício da Advocacia Pública encontram um primeiro campo de influência. É dizer,

17 Nesse sentido, advertem Santos *et al.* (2002, p. VI-VII): "[...] Esta quase rede de serviços jurídicos complementares, em regra desvalorizados ou ignorados permitem estabelecer uma nova concepção de acesso dos cidadãos ao direito e à justiça, onde o papel de um conjunto diversificado de entidades públicas e privadas é bastante importante no reforço e aprofundamento do sistema democrático, e, em concreto, no acesso à informação jurídica e à resolução de conflitos através dos meios judiciais e não judiciais, públicos e privados, formais e informais".

o fortalecimento dos serviços de orientação e de aconselhamentos jurídicos tradicionalmente prestados aos órgãos estatais, acompanhados de estratégias de esclarecimento e prestação de informações aos cidadãos, podem representar uma verdadeira mudança de rumos no processo de concretização de direitos.

Ou seja, na perspectiva de acionamento extrajudicial dos órgãos da Advocacia Pública, é que se pode pensar em um elemento emancipatório das instituições, capacitando-as para a prevenção, tratamento e solução de conflitos mediante o reconhecimento administrativo de direitos dos cidadãos. Trata-se de incorporar uma visão contemporânea de concretização dos direitos, pautada muito mais na via consensual e preventiva, mas também declaratória, evitando-se o conhecido congestionamento dos canais judiciais[18].

Portanto, para fins científicos e práticos, porém sem a pretensão de fixá-la como formulação definitiva, é viável estabelecer um conceito operacional para efeitos do presente trabalho. Em sentido amplo, compreende-se por **Advocacia Pública extrajudicial** o exercício, pelos órgãos previstos nos artigos 131 e 132 da Constituição da República, das funções de representação jurídica e promoção do interesse público em ambientes extrajudiciais, concretizadas mediante o acesso ao reconhecimento e à declaração de direitos, além de outras atividades destinadas à formulação de soluções jurídicas aos conflitos de interesses com a Sociedade.

É oportuno observar que não se trata, a princípio, de pinçar novas atribuições não contempladas na Constituição da República. Pelo contrário, o exercício da Advocacia Pública extrajudicial pressupõe o reconhecimento pleno da força normativa da Constituição, incorporando, porém, a perspectiva de **concretização de direitos** e do próprio **interesse público** em instâncias não judiciais, em sua mais ampla acepção.

A esse respeito, lecionam Santos *et al*. (2002, p. 64):

---

18 A esse respeito, importante mencionar as alterações introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com institutos voltados para a interlocução da Administração Pública com a Sociedade mediante a interveniência dos órgãos jurídicos, em especial as dos artigos 20 a 30, como os instrumentos de: consulta pública, compromisso de ajustamento de conduta, regime de transição, praticidade das decisões, segurança jurídica, entre outros (Brasil, 1942).

> [...] o acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado. Assim, garantir o acesso ao direito é assegurar que os cidadãos, em especial os socialmente mais vulneráveis, conhecem os seus direitos, não se resignam face a sua lesão, e tem condições para vencer os custos de oportunidade, e as barreiras econômicas, sociais e culturais para aceder à entidade que consideram mais adequada para resolução do litígio – seja uma terceira parte da comunidade, uma instância formal não judicial ou os tribunais judiciais.

Ademais, a transnacionalização das demandas coletivas (Leite Garcia, 2010, p. 6.736) parece exigir a inserção da Advocacia Pública em palcos estatais não tradicionais (administrativos e legislativos), paraestatais e não estatais, subnacionais, nacionais e internacionais, transnacionais e até mesmo globais. Essa aptidão viabiliza a interlocução com órgãos e agentes públicos e privados, personalizados e despersonalizados, promovendo-se a comunicação com diferentes segmentos, norteada pela concretização dos diretos da Sociedade e do Estado[19].

Aprofundando a análise, é preciso, também, construir pontes entre Estado e Sociedade, capacitando entidades e órgãos estatais e não estatais a se inserirem nesse processo de reconhecimento, reivindicação e promoção de acesso aos direitos. E, no que pertine à promoção do interesse público, indispensável conferir à Advocacia Pública instrumentos para alcançar progressos nesse caminho[20].

Além disso, necessário o aprimoramento da sensibilidade institucional, cada vez mais apta a recepcionar, interpretar e, em especial, a se comunicar com os segmentos da Sociedade, promovendo a interlocução com agências e instâncias formais e informais, estatais e não estatais, locais e transnacionais. Essa atuação interligada a diversos atores no processo de tratamento de tensões jurídicas pode representar

19 A Título exploratório e especulativo, sugere-se a possibilidade de inserção da defesa do interesse público em fóruns locais, conselhos populares, associações de bairros, organismos internacionais (ONU, OEA) e transnacionais (União Europeia), cortes arbitrais, serventias extrajudiciais de notas e de registros públicos, consulados e embaixadas internacionais.

20 Nesse palmilhar, políticas públicas de alcance institucional devem contemplar a construção de estruturas físicas e plataformas virtuais que possam comunicar e receber as demandas dos cidadãos, ainda que mediante a solicitação de informações e esclarecimentos.

um caminho profícuo para a pacificação social e acesso efetivo aos direitos e à Justiça.

Alguns exemplos práticos são ilustrativos a esse respeito.

Na temática executiva fiscal, por exemplo, algumas propostas vêm conquistando espaço no que se refere às possibilidades de concretização extrajudicial de direitos: a primeira é a via do protesto extrajudicial de dívidas fiscais; e a segunda é a proposta de instituição da execução fiscal extrajudicial.

No Brasil, consoante previsão expressa contida na Constituição da República, os serviços de registros públicos são exercidos em caráter privado por delegação do poder público, sendo definido que a lei regulará e disciplinará os aspectos atinentes à responsabilidade civil e criminal dos notários, registradores e seus pressupostos, bem como a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário (Brasil, 1988, art. 236). Entre outras disposições essenciais ao exercício da atividade notarial e de registro, a Lei n. 8.935/1994, conhecida como estatuto dos notários e registradores, define os serviços extrajudiciais como: os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos (Brasil, 1994b, art. 1º)[21].

Por se tratar de atividades exercidas em caráter privado, estas não integram a estrutura estatal e seus serviços são delegados, mediante concurso público de provas e títulos, a particulares que, uma vez investidos na função pública, atuam por sua conta e risco, com fiscalização do Poder Judiciário. É certo que recebem, tratam e lidam com um volume quase que pleno de informações jurídicas e de direitos dos cidadãos, desde o registro de nascimento até a inscrição de garantias e direitos reais sobre bens imóveis.

---

21 Conforme dispõe a Lei n. 8.935/94: "Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Art. 2º (Vetado). Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos. § 1º O serviço de registro civil das pessoas naturais será prestado, também, nos sábados, domingos e feriados pelo sistema de plantão. § 2º O atendimento ao público será, no mínimo, de seis horas diárias" (Brasil, 1994b).

Pela sua capilaridade e também progressiva amplitude de atribuições, além da informatização e digitalização dos seus serviços, são serviços que exigem a atração do olhar e da interlocução do poder público. Afinal, podem fornecer informações rápidas, confiáveis, eis que dotadas de fé pública, e com um custo módico ou quase neutro para as Fazendas Públicas (considerando-se as isenções legais) e aparentemente reduzidos para Sociedade[22].

Uma das principais modalidades de serviços extrajudiciais é o protesto de títulos. Previsto como uma especialidade notarial pela Lei n. 8.935/1994 (Brasil, 1994b, art. 11), e regulamentado pela Lei n. 9.492/1997, constitui-se no procedimento administrativo e extrajudicial por meio do qual se prova o inadimplemento de dívidas líquidas e certas representadas em títulos executivos ou em outros documentos de dívidas (Brasil, 1997, art. 1º).

Entre os documentos passíveis de protesto, consoante expressamente reconhecido pela Lei n. 9.492/1997, tem-se as certidões de dívida ativa (CDAs) das Fazendas Públicas e suas autarquias e fundações públicas[23]. O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do protesto efetuado pela Fazenda Pública, porquanto visa a promover a cobrança extrajudicial e a acelerar a recuperação de créditos tributários, figurando como mecanismo constitucional legítimo de cobrança do crédito tributário[24].

---

22 Especialmente se consideradas as gratuidades constitucionais e isenções legais.

23 Segundo a Lei n. 9.492/1997, protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas (Brasil, 1997).

24 O Supremo Tribunal Federal afastou a alegação de que o protesto de CDAs configuraria espécie de sanção política, confirmando a legitimidade do instrumento de protesto promovido pelas Fazendas Públicas. Conforme consignado no corpo da ementa do acórdão: "Somente pode ser considerada "sanção política" vedada pelo STF (cf. Súmulas n. 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs. 3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexiste afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução

No que tange à Advocacia Pública e sua atuação extrajudicial, importante frisar que o protesto tem sido aplicado como instrumento efetivo de recuperação de créditos fiscais. Em Santa Catarina, somente no ano de 2022, foram protestadas 41.530 CDAs, expressando um total de R$ 1.875.295.632,65. Especificamente em relação ao ICMS, imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte e comunicação, foram 10.477 títulos, somando uma quantia superior a um bilhão e seiscentos milhões de reais em cobrança extrajudicial[25].

Significa afirmar que, somente em ICMS, a Procuradoria-Geral do Estado (PGE), valendo-se do protesto extrajudicial da dívida ativa, viabilizou ao estado de Santa Catarina a cobrança de mais de R$ 143.694.784,66, entre um universo de CDAs quitadas e parceladas. Além da praticidade, já que a comunicação entre a PGE e o órgão de representação dos Tabeliães de Protestos (IEPTB) é digital, referida modalidade de cobrança extrajudicial se destaca pelo baixo custo dos serviços para a Fazenda Pública de Santa Catarina, já que isenta nos termos do artigo 7º da Lei Complementar Estadual n. 755/2019 (Santa Catarina, 2019).

Além disso, algumas vantagens merecem ser adicionadas, como agilidade na recuperação de créditos; aumento na arrecadação de algumas espécies de dívidas; possibilidade de recuperação de créditos de valores mais baixos; economia e eficiência nos gastos públicos com os procedimentos extrajudiciais; e aumento nos índices de parcelamentos e coercibilidade. Essas vantagens legitimam a intermediação da Advocacia Pública, sobretudo porque é capacitada para promover a filtragem das espécies de dívidas que serão levadas a protesto.

A segunda vertente de aplicação que merece reflexão no presente texto[26] é a proposta de execução fiscal na via extrajudicial. Trata-se do Projeto de Lei n. 4.257/2019, de autoria do Senador Antonio Anastasia (Brasil, 2019), que, modificando a Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, propõe a instituição da execução fiscal administrativa.

---

das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc)" [...] (Brasil, 2018).

25 Dados obtidos junto à Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, Procuradoria Fiscal (Santa Catarina, 2022).

26 A temática é rica em possibilidades, e a seleção das propostas apresentadas apenas se deve ao espaço de análise limitado ao produto desejado (artigo científico).

Um dos escopos da proposição é criar um procedimento executivo extrajudicial de dívidas fiscais relativamente a tributos reais, ou seja, vinculados a imóveis e veículos, como: contribuições de melhoria decorrentes de obras públicas, Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU).

O rito proposto para o executivo extrajudicial pode ser assim resumido. Uma vez inscrito o débito em dívida ativa, a Fazenda Pública poderá (trata-se de modalidade facultativa) notificar administrativamente o devedor para pagar a dívida no prazo de 30 dias. Não havendo o pagamento, o Poder Público lavrará termo de penhora e avaliará o bem, caso em que o devedor será novamente notificado para quitar a dívida no prazo de 30 dias ou para oferecer embargos à penhora para impugnar dois aspectos: a validade da dívida ou o equívoco na avaliação. Caso permaneça inerte o devedor, o Poder Público poderá realizar o leilão extrajudicial do bem, valendo-se de um agente, que será remunerado por percentual não superior a 5% do valor do bem. Caberá ao arrematante pleitear judicialmente a imissão na posse do bem.

É importante enfatizar, na linha do parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado da República, que a execução extrajudicial não é inédita no sistema jurídico brasileiro. Há outros mecanismos já em funcionamento que se valem da via extrajudicial, por exemplo, a execução hipotecária, prevista no Decreto-Lei n. 70/1996, e a execução decorrente de alienação fiduciária em garantia para bens imóveis, disciplinada pela Lei n. 9.514/97[27].

A proposta, ainda em tramitação no Legislativo brasileiro, parece se compatibilizar com a ampliação do acesso à justiça e aos direitos e, ao desjudicializar um grande volume de demandas, potencializa a economia de recursos públicos tanto para o Judiciário quanto para a Administração Pública. Conforme destacado no âmbito do filtro legislativo de constitucionalidade: "A proposição, ao abrir esse caminho executivo extrajudicial, gerará benefícios imensuráveis a todo o País.

27 Conforme aponta Parecer em decisão terminativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei n. 4.257, de 2019, do Senador Antonio Anastasia, que modifica a Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica (Brasil, 2023).

Haverá uma brutal economia com despesas decorrentes dos infindáveis processos de execução fiscal. O Poder Judiciário será desafogado" (Brasil, 2023).

Além disso, a proposta parece ir ao encontro das iniciativas de facilitação do acesso à justiça e à concretização dos direitos, na medida que propicia a desjudicialização da cobrança da dívida fiscal relativa a várias espécies tributárias. Nesse sentido, promove vias de interação da Advocacia Pública com as serventias extrajudiciais, especialmente quanto aos serviços de registro de imóveis, além de reposicionar o órgão de representação da Fazenda Pública na seleção, tratamento e efetivação das medidas necessárias à concretização do crédito público no ambiente administrativo.

Como visto, a Advocacia Pública em um ambiente extrajudicial requer a ativação de capacidades institucionais e administrativas que, se não estão atualmente silenciadas, podem ainda não ter sido plenamente acionadas. Vale citar, no ponto, a aptidão de diálogo institucional com instâncias não judiciais ou extrajudiciais que, ao logo dos tempos, vem recebendo a ampliação de sua atuação, sem o necessário acompanhamento de outras instituições que com ela devem interatuar.

Ademais, o exercício da Advocacia Pública extrajudicial contribui para aproximar a atuação estatal de uma postura ativa na intermediação e solução de problemas da Sociedade. Sua implementação prática, tem potencial para conferir à função executiva estatal, uma espécie de ativação institucional sem implicar propriamente em ativismo – categoria explicada por Salles e Cruz (2021) – manifestada em âmbito extrajudicial, veiculada por meio de manifestação do espírito público na prestação de um serviço essencial para a concretização dos direitos e da própria democracia[28].

---

28 Segundo Bruno Salles e Paulo Márcio Cruz (2021, p. 137): "Pode-se conceituar o ativismo como a atitude jurisdicional de inclinações transformadoras que se manifestam (*stricto sensu*), conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (i) interpretativo ou de aplicação, mediante um acentuado voluntarismo na criação do direito em detrimento da legislação, dos precedentes ou dos padrões jurídicos em geral, e/ou (ii) institucional ou relacional, por meio de uma elevada interferência nas atribuições dos demais Poderes. Em qualquer das situações, confere-se aos juízes um papel que vai além das missões clássicas de aplicar o direito a disputas subjetivas ou normativas e moderar as condutas dos demais ramos do governo. Posturas ativistas são aptas a verificar-se não só na jurisdição constitucional, mas também na jurisdição ordinária, seja coletiva ou individual, em inúmeras situações do dia-a-dia, inclusive massificadas, e podem externar-se, ainda, em várias dimensões práticas de aplicação do direito." Já a

Afinal, na esteira do que preconizam Capeletti e Garth (1988, p. 12-13), há de se reconhecer que as cortes e os tribunais não são a única forma de solução de conflitos a ser contemplada e que toda e qualquer instituição de alternativas ao sistema judiciário vai ao encontro do fomento substancial do acesso à justiça e das diferentes contribuições de outras ciências sociais. Essa barreira de acesso à justiça deve e pode ser combatida, segundo os autores, com a informação jurídica e o aconselhamento jurídico[29].

No cenário contemporâneo, a Advocacia Pública possui aptidão e fluidez atribucional vocacionada a influir na transformação desse quadro. Primeiro, porque ostenta a aptidão para viabilizar o que se pode denominar por diálogo institucional entre os diferentes órgãos, entidades e agentes da Administração; segundo, porque presta atendimento direto e pode funcionar como canal de orientação e prestação de informações e comunicação com a Sociedade e seus diferentes segmentos; terceiro, porque atua diretamente nas instâncias do Poder Judiciário e dos demais poderes de Estado[30].

Em acréscimo às práticas acima estudadas, aponta-se: a realização de consultas jurídicas, atendimentos, aconselhamentos, análise de propostas de solução de demandas, propostas de medidas menos gravosas ao contribuinte/executado, análise e formatação de propostas de parcelamento de débitos, possibilidades de substituições e reforços de penhoras, etc. Além disso, a função de informação pode abranger a formulação de esclarecimentos jurídicos acerca de solicitações de

---

Autocontenção "[...] é a tendência jurisdicional oposta ao ativismo, nos planos (*stricto sensu*) (i)interpretativo ou aplicativo e (ii) institucional ou relacional, notabilizada por atitudes judiciais de prudência e deferência às escolhas políticas, manifestadas no judicial review e na judicação ordinária,coletiva ou individual, aí compreendidas as inúmeras dimensões da prática jurídica".

29 Conforme apuraram os pesquisadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 22-24), uma das principais barreiras de acesso à justiça via sistema estatal diz respeito à incapacidade de se reconhecer um direito como juridicamente exigível. E essa incapacidade manifesta-se, sobretudo, em populações economicamente mais pobres.

30 O dinamismo, a fluidez organizacional, a capacidade técnica de seus membros e, principalmente, a aptidão comunicacional e de acesso aos Poderes de Estado e à própria Sociedade abrem a possibilidade de se pensar em uma das principais instituições envolvidas nesse processo. A assunção desse apontado protagonismo, porém, ainda depende significativamente da vontade dos representantes governamentais, passando pela articulação institucional e culminando com a consciência do Corpo Social em receber e usufruir de tais capacidades, provocando-a a assumir tais capacidades.

certidões, parcelamentos, inviabilidade de acordos, alterações legislativas, sistemáticas de condução processual e inscrição em dívida ativa, etc.

Forçoso reconhecer, por derradeiro, a indispensabilidade de investimentos em fontes materiais e humanas na formação de capacidades institucionais aptas ao pleno exercício da Advocacia Pública em âmbito extrajudicial. Para tanto, a alocação de verbas para a formação dos membros, o aprimoramento interdisciplinar das carreiras de apoio e o desenvolvimento de aplicações e de estruturas que possibilitem a plena interlocução com os canais de atuação na esfera extrajudicial parecem ser alguns dos caminhos a serem trilhados na ampliação do acesso e da concretização dos direitos.

6 Considerações Finais

Conforme pontuado nas linhas introdutórias, a presente investigação considera que a categoria acesso à justiça abrange o acesso ao Judiciário e o acesso aos direitos. Pelas conexões com a temática que restou estudada, centrou-se a análise nas possibilidades de concretização de direitos na esfera extrajudicial.

Pode-se apontar, ainda que em sede não definitiva, que, para romper com as denominadas barreiras de acesso e ao reconhecimento e realização dos direitos, faz-se indispensável a construção de novos ambientes de possibilidades extrajudiciais de atuação da Advocacia Pública. A produção e a difusão de conhecimentos jurídicos, associados às capacidades institucionais de orientação, aconselhamento e construção de vias de reconhecimento e declaração de direitos, hão de ser algumas das respostas a serem buscadas aos questionamentos inicialmente propostos.

Como demonstrado no curso da presente investigação, esse *iter* de reconhecimento e de garantia e acesso à concretização de direitos exige a participação não somente de instituições estatais (formais), mas também não estatais e até informais nas funções de orientação, apoio e reivindicação jurídicas. Nesse processo, a Advocacia Pública pode possuir amplas possibilidades de inserção, seja com instrumental

científico, técnico, informacional e, também, a experiência institucional na promoção e na defesa do interesse público.

Além disso, é importante deixar clara a mensagem de que a ampliação do acesso à justiça e aos direitos parece não dispensar a ativação de plenas capacidades institucionais de diferentes entidades públicas e privadas, além da própria Sociedade. Uma nova mirada na atuação da Advocacia Pública pode representar essa recente via de acesso à informação, orientação e veiculação de pretensão jurídica de satisfação do interesse público. As possibilidades de inserção nesse ambiente hão de ser aprofundadas e melhor estudadas.

É urgente reconhecer, contudo, a indispensabilidade de investimentos na formação de capacidades institucionais aptas ao pleno exercício da Advocacia Pública em âmbito extrajudicial. Para tanto, são apropriadas a progressiva alocação de verbas nos orçamentos públicos para a formação de membros e das carreiras de apoio e a aquisição e desenvolvimento de aplicações e de estruturas que possibilitem a plena interlocução com os canais de atuação na esfera extrajudicial.

Em suma, pode-se concluir que a inserção da Advocacia Pública em ambientes extrajudiciais pode funcionar como instrumento efetivo de amplificação da concretização do interesse público, contribuindo para a progressiva ampliação do acesso aos direitos e à justiça. Além disso, expressa-se como instrumento de re(conexão) entre Estado e Sociedade, permitindo aos segmentos sociais a retomada de forças no sentido de promover a realização de pretensões jurídicas, contribuindo para a pacificação social.

Referências

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.

BERTONCINI, Mateus E. S. N. **O microssistema de proteção da probidade administrativa e a construção da cidadania**. 2013. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/o_microssistema.pdf. Acesso em: 1º maio 2022.

BONDÍA, Jorge Larrosa. **Notas sobre a experiência e o saber de experiência**. Tradução de João Wanderley Geraldi. São Paulo: Universidade Estadual de Campinas; Departamento de Linguística, 2002.

BRASIL. Lei n. 14.230. **Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.** 2021a. 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. Senado Federal. **Parecer n. SF/21837.09252-60, de 2021.** Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei n. 4.257, de 2019, do Senador Antonio Anastasia, que modifica a Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. [2021b]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9030544&disposition=inline. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657**, **de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 4.257, de 2019.** Modifica a Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914. Acesso em: 10 fev. 2023.

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. 1994a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.935/94, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. 1994b. (Lei dos cartórios). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF.** Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília: DJ, 18 mar. 1994c. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590. Acesso em: 1º maio 2022.

BRASIL. **Relatório Legislativo CCJ**: Projeto de Lei nº 4.257, de 2019. Brasília: 2019. p. 6. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9032841&ts=1650302081441&disposition=inline. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 644.** Última atualização 14 de agosto de 2020. [2020a]. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700 Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.053.** 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. em 30 de julho de 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.135**. Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, Publicado em 07-02-2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur380061/false. Acesso em: 20 jul. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Título original: Acess to justice: the worldwide movement do make rights effective. A general report.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em: 22 jan.2023.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GARCIA, Marcos Leite. Novos direitos fundamentais e demandas transnacionais. *In*: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Fortaleza, CE, 9, 10, 11 e 12 de junho de 2010. p. 6.735-6.762. **Anais** [...]. Fortaleza, CE, 2010. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3681.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a intepretação "pluralista e procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

ROSSATO, Luciano Alves *et al*. **Temas atuais da Advocacia Pública**. Bahia: Juspodvim, 2015.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre civil law e common law. 2019. 509f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Departamento do Centro de Educação de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí. Dottorato di Ricerca, Università Degli Studi di Perugia, 2019. Disponível em: https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio. Jurisdição e Inteligência Artificial. **Revista Jurídica**, Escola do Poder Judiciário do Acre, ano 1, n. 0, 2021.

SANTA CATARINA. **Lei Complementar n. 755, de 26 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre os emolumentos no Estado de Santa Catarina e adota outras providências. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2019/755_2019_lei_complementar.html. Acesso em: 27 jan. 2023.

SANTA CATARINA. **Dados**. Florianópolis: Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina; Procuradoria Fiscal, 2022.

SANTOS, Boaventura de Souza *et al*. **O acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em questão. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OJP), 2002.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WJP – WORLD JUSTICE PROJECT. **Rule of Law Index.** 2022. Disponível em: https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Brazil/. Acesso em: 22 jan. 2023.

Marcelo Adriam de Souza

Graduado em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade UNIBF. Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Pós-graduando em Direito Notarial e Registral pelo Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS), Recife. Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí. Procurador do Estado de Santa Catarina, membro do Núcleo de Ações Fiscais Estratégicas (NAFE).

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

Endereço profissional: Av. General Osório, n. 985 D, Ed. Alleanzza, Centro, Chapecó, SC. CEP: 89802-210.

Recebido em: 05/07/2023

Aceito em: 24/07/2023

Como referenciar este artigo

SOUZA, Marcelo Adriam de. Advocacia Pública Extrajudicial: um olhar sobre a concretização do acesso à justiça e aos direitos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 97-128, dezembro de 2023.

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

Agências Reguladoras: desafios no contexto brasileiro

Evelyn Nunes de Melo Franzen[1]
Guilherme Aleandro Campestrini[1]
[1]Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

Parte-se da premissa de que o governo não deve ser o monopolista das atividades econômicas; todavia, assimila-se que o empresário não pode valer-se de meios ilícitos para obter vantagens indevidas. À luz da Lei n. 13.848/2019, o objetivo deste artigo foi, portanto, compreender se os avanços burocráticos se revelaram efetivos na promoção do desenvolvimento econômico. A regulação da economia é uma tendência presente em países com um Estado mais inchado. Assim, para compreender as implicações desse tema, faz-se necessária uma reflexão a respeito da Administração Pública no Brasil e dos mecanismos de governabilidade existentes. Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa classifica-se como um estudo teórico exploratório, partindo de dados secundários, cujo objetivo foi buscar um aprofundamento da discussão sobre as agências reguladoras.

Palavras-chave: Administração Pública; Intervencionismo estatal; Lei n. 13.848/2019; Agências reguladoras.

Regulatory Agencies: challenges in the Brazilian context

Abstract

It starts from the premise that the government should not be the monopolist of economic activities; however, it is understood that the entrepreneur cannot use illicit means to obtain undue advantages. In the light of Law nº. 13.848/2019, the objective of this article was, therefore, to understand whether bureaucratic advances proved to be effective in promoting economic development. Regulation of the economy is a trend present in countries with a more bloated State. Therefore, to understand the implications of this topic, it is necessary to reflect on Public Administration in Brazil and the existing governance mechanisms. Regarding methodological aspects, the research is classified as an exploratory theoretical study, based on secondary data, whose objective was to seek a deeper discussion on regulatory agencies.

Keywords**:** *Public Administration; State interventionism; Law n. 13.848/2019; Regulatory agencies.*

1 Introdução

O modo de concepção do Estado está relacionado à corrente filosófica em que sua fundamentação está ordenada. Se para Aristóteles, o homem é um *zoon politikon*, para Hobbes, os indivíduos devem ser impedidos pelo Leviatã de atacarem os demais (Orrutea Filho, 2020). Assim, a forma pela qual o Estado é concebido reflete em maior ou menor intervenção estatal nas atividades privadas. A Constituição da República Federativa do Brasil direciona o papel e as atribuições do Estado em relação à economia, indicando um caráter normativo e regulador para o Estado brasileiro (Brasil, 2016).

De Oliveira Cruz Filho (2023) aponta que, a partir da segunda metade do século XX, apesar de os movimentos de revisão da intervenção estatal na economia expandirem-se mundo afora, no Brasil, o controle estatal sobre o setor produtivo sujeitava-se aos preceitos constitucionais intervencionistas e reguladores. As agências reguladoras, concebidas para corrigir as falhas de mercado, segundo o autor, revelavam um novo problema: as falhas de governo. Tal ideia vai ao encontro da reflexão trazida por Mises (1974) acerca da falibilidade do homem e sua fraqueza moral, pois, se essa é a razão para a rejeição do *laissez-faire*, essas mesmas variáveis não são questionadas na ação governamental.

Nessa toada, compreendendo a inclinação brasileira à regulamentação estatal e ao intervencionismo, busca-se um olhar sobre os limites e os desafios das agências reguladoras no Brasil, visto que o governo não deveria ser o monopolista das atividades econômicas e o empresário não pode valer-se de meios ilícitos para obter vantagens indevidas. Dessa forma, torna-se necessário discutir até que ponto uma agência reguladora poderia intervir nas liberdades individuais e qual seu campo de atuação.

Quanto aos aspectos metodológicos adotados, estes se pautam numa abordagem qualitativa, baseada em uma revisão seletiva de literatura pertinente ao tema, valendo-se de pesquisa bibliográfica de obras de renome nacional e internacional e de pesquisa documental da legislação referente ao assunto. A pesquisa é do tipo exploratório,

cuja finalidade foi buscar um aprofundamento da discussão sobre as agências reguladoras.

O presente artigo está estruturado de forma que na primeira seção é abordado o histórico, o desenvolvimento e o papel das agências reguladoras no Brasil; em seguida, são apresentados os avanços trazidos pela Lei n. 13.848/2019; já a terceira seção destaca críticas ao papel das agências e à nova legislação do setor; e, por fim, serão apresentadas as principais considerações do estudo.

2 Agências Reguladoras no Brasil

Em 1990, foi criado o Programa Nacional de Desestatização (PND) por meio da Lei n. 8.031/1990, com vistas a diminuir a participação do Estado na economia. Com a promulgação da Lei n. 9.491/1997 foi revogado o PND e instituído o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), executado em nível federal por meio do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), com diretrizes para um modelo de desenvolvimento nacional voltado para o controle dos resultados, a eficiência e para a qualidade da prestação do serviço público (Bresser Pereira, 2014).

Segundo Bresser Pereira (2008), o Estado deveria ser visto como um grande e eficiente articulador do desenvolvimento econômico, valendo-se dos investimentos privados para o crescimento. Para o referido autor, o poder estatal deve criar condições institucionais e econômicas para acumulação de capital e de prosperidade, tornando-se um instrumento capaz de auxiliar no atingimento de objetivos políticos, como a ordem e o bem-estar social. Tal concepção caracteriza a Administração Pública Gerencial, também conhecida como gerencialismo ou Nova Gestão Pública (*New Public Management*), que, entre outras premissas, pressupõe o Estado como sendo menos eficiente do que o setor privado quando exerce diretamente atividades econômicas em sentido amplo.

O ex-ministro extraordinário para desburocratização, Hélio Beltrão (1984), embora defendesse amplas desestatizações, também acreditava na ação do Estado como promotor do desenvolvimento. Conforme

prevê o Decreto n. 86.215/1981, ora revogado, sobre a desativação das empresas sob o controle do Governo Federal, as empresas privadas contariam com um estímulo e o apoio do Estado quando isso fosse considerado fundamental (Brasil, 1981). Para Beltrão (1984), o propósito do Governo era promover a privatização das empresas estatais quando fosse desnecessária ou injustificável a intervenção estatal. A política de privatização, porém, não deveria incidir sobre as empresas públicas cujo controle fosse considerado intransferível por motivo de segurança nacional.

De acordo com Farias (2004), as primeiras agências reguladoras surgiram nos EUA há mais de um século com o objetivo de combater a corrupção. Foi apenas num segundo momento que se tornou um instrumento visando à promoção da concorrência. O autor supracitado aponta que as agências garantem uma certa continuidade nas regras estabelecidas, evitando possíveis oscilações entre os mandatos de governos. Para Peci (2007), o marco regulatório estabelecido no Brasil foi inspirado em experiências internacionais, e as agências reguladoras, como hoje se apresentam, surgiram no Brasil na década de 1990, resultantes de um processo de implantação do modelo da Administração Pública Gerencial.

Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, as agências reguladoras efetivamente nasceram no Brasil, cujo marco deu-se por meio da promulgação das Emendas Constitucionais 8 e 9 de 1995, introduzindo na Carta Magna, respectivamente, que os setores de telecomunicações e de petróleo seriam orientados por essas entidades da administração pública indireta.

> Com a política governamental de transferir para o setor privado a execução de serviços públicos, reservando ao Estado a regulamentação, o controle e a fiscalização desses serviços, houve a necessidade de criar, na Administração, agências especiais destinadas a esse fim, no interesse dos usuários e da sociedade. Tais agências têm sido denominadas de agências reguladoras e foram instituídas como autarquias sob regime especial, com o propósito de assegurar sua autoridade e autonomia administrativa. Com essa finalidade, a Lei n. 9.427, de 26.12.96, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica

> – ANEEL, para regular e fiscalizar o setor de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica (Meirelles, 2013, p. 405).

Frisa-se que não se trata de redução quantitativa da atividade do Estado, mas de uma alteração no perfil dessa atividade estatal. Segundo Alexandrino e Paulo (2017), ao deixar de assumir a tarefa de produção direta de bens e serviços, o Estado, na mesma proporção, passa a reforçar o exercício de seus poderes de intervenção no domínio econômico em sentido amplo. Peci (2007, p.14) resume essa movimentação estatal:

> Neste contexto de desestatização e tentativas de reformas gerenciais, redefine-se o papel do Estado, qualificando-o mais como regulador do que como indutor do processo de desenvolvimento do país, propondo um conjunto de medidas uniformizadoras inspiradas na Nova Gestão Pública (*New Public Management*), que visam dar ao administrador público mais autonomia gerencial, numa tentativa de tornar a administração pública mais parecida com a administração de empresas: o chamado movimento de "agencificação".

As agências reguladoras resultam da intenção do enxugamento do papel do Estado na economia e do conjunto de instrumentos de reforma administrativa que visavam à flexibilização da gestão pública. Nesse sentido, cabe chamar atenção de que, embora ocorra uma transferência para a iniciativa privada, o controle estatal permanece por meio das agências reguladoras. De acordo com Alexandrino e Paulo (2017, p. 204), essas agências são:

> [...] entidades administrativas com alto grau de especialização técnica, integrantes da estrutura formal da administração pública, instituídas como autarquias sob regime especial, com a função de regular um setor específico de atividade econômica ou um determinado serviço público, ou de intervir em certas relações jurídicas decorrentes dessas atividades, que devem atuar com a maior autonomia possível relativamente ao Poder Executivo e com imparcialidade perante as partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade).

Segundo Alexandrino e Paulo (2017), são funções exercidas pelas agências reguladoras): a) aplicar o direito aos casos concretos não litigiosos que se lhes apresentem; b) editar as normas que possibilitem a implementação das políticas (elaboradas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo) para o setor sob sua competência regulatória; c) solucionar os conflitos verificados entre os interessados na atividade objeto de regulação; d) fiscalizar a execução das atividades sob sua competência; e e) aplicar sanções administrativas às infrações verificadas.

Para melhor realização dessas funções, é preciso que se definam, com clareza, o papel que possuem os ministérios e os instrumentos de que podem dispor no que se refere à gestão de políticas públicas, tendo em vista que as agências são subordinadas a eles, os quais nem sempre são capazes de controlar suas entidades vinculadas. Resta evidente a necessidade do aperfeiçoamento do modelo regulador, delimitando-se o escopo de atuação entre os ministérios formuladores das políticas e as agências reguladoras (Farias, 2001).

As agências reguladoras, portanto, vieram para fiscalizar, controlar e exercer poder regulador sobre as atividades de determinado setor da economia do país. Esse formato de agência tem como objetivo privilegiar maior *accountability* dos órgãos, expansão do espaço democrático e do controle social. Para Hernandez e Cuadros (2014), um sistema de *accountability* é uma maneira de buscar transparência com ênfase na responsabilidade e obrigação civis, visando a informar e justificar suas ações, comportamentos e resultados.

Na concepção de Peci (2007), as agências trouxeram um equilíbrio econômico-financeiro que não permite aos consumidores que eles sejam lesados ou negligenciados pelos prestadores de serviço. Para tanto, é necessário que haja um equilíbrio entre as políticas de regulação, de privatização e a defesa da concorrência. Farias (2001) ressalta que essa necessidade tem como objetivo atrair investimentos, aumentar a produtividade e a competitividade das empresas, bem como garantir à população acessibilidade a bens e serviços. Essa visão confronta com os críticos à regulamentação, cujos argumentos serão abordados na terceira seção deste artigo.

3 Avanços que a Lei n. 13.848/2019 Trouxe no Âmbito das Agências Reguladoras

A publicação da Lei n. 13.848/2019, chamada de Lei Geral das Agências Reguladoras, foi um marco regulatório importante, servindo como instrumento aplicável a todas as agências e afastando qualquer dúvida ou peculiaridade entre elas, sendo, pois, uma régua geral para o setor. No introito, a novel legislação reafirma a autonomia administrativa das agências, prevendo expressamente, ainda, a adoção de práticas de gestão de risco, bem como a criação de programas de integridade (*compliance*).

Em seu Primeiro Capítulo, a lei dispõe sobre o processo decisório das agências, cujas decisões devem ser fundamentadas, indicando os pressupostos fáticos e de direito que a substanciam, sendo necessário também a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), visando a obter dados dos possíveis efeitos do novo ato normativo a ser aprovado, devendo ser realizadas consultas ou audiências públicas. No quesito transparência, as reuniões deliberativas devem ser sempre gravadas e documentadas, sendo disponibilizadas para conhecimento dos interessados.

O Segundo Capítulo da referida lei rege sobre a prestação de contas e o relatório anual de atividades das agências reguladoras, sendo órgãos de controle o Congresso Nacional juntamente com o Tribunal de Contas da União. Além da existência de uma ouvidoria, devem ser publicados o plano estratégico e o plano de gestão anual, objetivando estabelecer metas e avaliar os resultados da gestão.

Do Terceiro Capítulo ao Sexto, o texto legal prevê a cooperação técnica e as ações conjuntas entre os diversos órgãos reguladores e dos órgãos de proteção da concorrência, do consumidor e do meio ambiente, bem como a troca de informações. Permite também o Termo de Ajustamento de Conduta entre a Agência e as pessoas físicas ou jurídicas no âmbito da sua competência.

Em suma, a legislação compila uma série de instrumentos relevantes para melhoria do cumprimento das finalidades das agências reguladoras. Nas palavras de Guimarães (2019), como consequência dessa série de inovações, aprimoramentos e ajustes no desenho

institucional das agências, não há dúvidas quanto ao impacto positivo dessa legislação, no sentido de fortalecimento do direito regulatório brasileiro, a partir das garantias de autonomia das agências e de respaldo ao trabalho técnico e preciso desenvolvido dentro dos órgãos reguladores federais.

De fato, a Lei n. 13.848 converge no sentido de trazer maior segurança jurídica e boas práticas de governança pública para as agências reguladoras, especialmente pela participação social e pela colegialidade das decisões no âmbito dos processos de expedição de atos normativos.

4 Críticas acerca do Papel das Agências Reguladoras

Nas democracias modernas, o papel do Estado é decidido pelos eleitores e pelos políticos eleitos. Sendo assim, são eles que decidirão se o Estado deve garantir os direitos sociais em termos de educação, assistência à saúde, cultura e previdência social, e como o governo dará suporte ao desenvolvimento econômico nacional. Sobre o limite de atuação estatal, o cientista político Bruno Garschagen (2015) levanta um paradoxo enraizado na sociedade brasileira: por qual motivo pede-se que o governo intervenha nos problemas sociais se não se confia nos políticos? Considera-se que muitos dos problemas que aparecem são decorrentes do excesso da intervenção estatal, tal como o fechamento de mercado acarretado pelas agências reguladoras.

O Estado tem um papel estratégico na sociedade, devendo conservar para si apenas atividades que são específicas ou exclusivas dele. Essas atividades, entretanto, podem variar a depender da corrente filosófica que o Estado fundamenta-se, indo desde a garantia da soberania nacional e da proteção da propriedade até o acesso à cultura e ao lazer. Assim, a discussão do papel do Estado e do seu tamanho é algo importante para entender os aspectos políticos do país, pois muitos daqueles que não confiam no governo e na máquina estatal desejam aumentar o tamanho do aparato governamental.

Para De Oliveira Cruz Filho (2023), a criação das agências reguladoras com vistas à regulação de mercados trouxe elementos típicos da

burocracia estatal brasileira, quais sejam, distanciamento dos interesses da sociedade civil e acomodação dos interesses da administração tradicional e clientelista. O autor também aponta que a intervenção do Estado na economia não está livre de sofrer pressão política por seus próprios interesses ou interferências externas exercidas sobre o regulador e legislador por grupos existentes na sociedade. Tal concepção vai ao encontro do que afirma Franzen (2023, p. 6) quando ele aponta que "[...] a pessoalidade é inerente à vida humana e tentar contornar isso pode ser um instrumento de dominação, afinal, as regras também são criadas por indivíduos com interesses e paixões".

Para Mazzoni (2019), a regulação pressupõe que o regulador reconheça o ponto que há ganho de eficiência econômica a partir de sua ação; todavia, isso presumiria um mercado estático e uma possibilidade de ação por parte do regulador. O autor indica que se o regulador tivesse conhecimento sobre as quantidades e os preços que uma firma deve praticar para atingir a eficiência, ele poderia exigir um nível específico de produção a partir de um conjunto específico de insumos e vender essa produção a um preço estipulado. A informação completa, porém, não está disponível para o regulador, e sua ação acabaria atrapalhando a ação coordenadora dos indivíduos no mercado.

No Brasil, não é de se estranhar que a burocracia superpôs-se à sociedade, decorrendo da própria natureza de sua colonização (Beltrão, 2016). Após a década de 1990, com a estabilização da política econômica, houve mudanças institucionais. Segundo Lopes (2018, p. 321), procurou-se superar a interferência direta estatal, mas o caminho foi a regulação, em que se forma um aparato burocrático não para atuar ou competir como outrora, mas para supervisionar, direcionar e coordenar as forças privadas, com forte presença do Estado, havendo uma potencialização do impacto das políticas governamentais.

Lopes (2018, p. 328), no entanto, enfatiza que diante da crescente complexificação da sociedade, o Congresso deixou de ser o ator proeminente na edição de normas na ordem jurídica, apresentando apenas leis que fixam objetivos a serem atingidos de forma ampla e fluida. Ocorre que as agências reguladoras são democráticas na sua forma, mas a burocracia por elas imposta não tem sempre como referencial de atuação e funcionamento a construção de uma sociedade livre e

emancipada. Ainda, o mesmo autor enfatiza que o ponto de inflexão do tema do poder normativo no âmbito das agências reguladoras está na possibilidade de eles inovarem, construindo sentido autônomo dentro do ordenamento jurídico.

Está-se, pois, diante do fenômeno do excesso de burocracia e, por consequência, excesso de Estado no Brasil. Segundo estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, quando a vigente Constituição Federal de 1988 completou 25 anos, verificou-se a edição, até então, de mais de 4,7 milhões de normas no Brasil, sendo mais de 300 mil referentes à matéria tributária (IBPT, 2013). O excesso de normatização é um fato. De acordo com Modesto Carvalhosa (2021), a Constituição de 1988 tem um caráter analítico, que regula e disciplina a organização, o funcionamento e a distribuição das funções do Estado e as suas relações com a sociedade. Ainda, o jurista destaca que as normas de Direito Administrativo são retiradas da esfera ordinária para serem colocadas no plano constitucional, tornando a Carta Magna um volumoso manual de operação.

Essa tendência ao positivismo jurídico, isto é, à criação de cada vez mais regulamentos, deve, ao menos, ser ordenada. Deve-se buscar a razão de ser do Estado e da Lei, temas que podem ser objeto de estudo apartado. Necessário, pois, delimitar para os fins aqui propostos que a Lei, na ótica de Tomás de Aquino, deve ser honesta, justa, possível, conforme à natureza, apropriada aos costumes do país, conveniente ao lugar e ao tempo, necessária, útil, claramente expressa para que não se oculte nela nenhum engano, e instituída não para satisfazer algum interesse privado, mas para a utilidade comum dos cidadãos (Oliveira, 2001).

Nota-se, sob a ótica proposta, que esse papel estratégico do Estado fica comprometido. O controle da economia nas mãos do governo pode acarretar problemas, como cabides de emprego e corrupção. Por meio das regulamentações, o Estado impõe barreiras à entrada da concorrência no mercado e favorece a criação de cartéis, oligopólios e monopólios. Um setor regulado recebe benefícios do governo, como subsídios e tarifas protecionistas. E, devido ao monopólio gerado pelo próprio governo, o setor, por inúmeras vezes, diminui a qualidade dos serviços prestados. Essa ideia vai ao encontro do que diz Garschagen

(2015), pois, segundo ele, quanto mais o governo intensifica suas regulamentações, maior é o controle governamental e o mercado fecha-se mais.

O setor de telecomunicação brasileiro, por exemplo, não é livre, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), com seus poderes de outorga, regulamentação e fiscalização seleciona algumas empresas para atuar no setor, tendo como resultado reclamação dos consumidores devido a seus preços e sua baixa qualidade. Dessa maneira, apesar das agências reguladoras existirem com a intenção de proteger o consumidor, elas acabam por proteger as próprias empresas ou o governo.

A corrupção, já anunciada alhures, tem sido palco dos últimos acontecimentos nacionais. Em 2012, um diretor da Agência Nacional de Águas foi preso pela Polícia Federal por causa de esquema de fraude em pareceres técnicos com a finalidade de beneficiar empresas privadas (G1, 2012). Recentemente, em 2022, estão sendo apurados supostos crimes praticados por um servidor efetivo e outros ex-servidores da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) (Melo, 2022). Também foi noticiado outro caso de corrupção, que está sob investigação, na Agência Nacional de Mineração com o fito de beneficiar empresas (G1, 2023).

Paralelo à questão criminal, é nítido que a autonomia administrativa das agências reguladoras não é plena. A nomeação do Executivo para cargos de gestão é uma das portas para eventual ingerência. Um dos dispositivos da Lei n. 13.848/2019 (art. 3º, §2º, I) prevê situação em que provimentos de cargos e alteração no quadro de pessoal dependam diretamente do Ministério da Economia.

Nota-se, pois, que, apesar do esforço legislativo, as agências não ficam isentas da verificação do fenômeno chamado de *captura*, assim definido quando ela cede sua condição de autoridade que visa o bem coletivo para realizar interesses privados, isto é, políticos ou econômicos. Segundo Garnica e Kempfer (2019), mesmo com a nova lei, a atividade regulatória ainda carece de instrumentos para o envolvimento social e de reafirmação do interesse público nas demandas regulatórias.

Assim, tem-se que os mecanismos burocráticos da Lei n. 13.848/2019, ainda que revelem formas de controle úteis, não estão conseguindo

atingir as finalidades a que se propõem, mormente facilitar a livre concorrência e ser articulador do desenvolvimento econômico nacional.

5 Considerações finais

Reconhecer o papel da política quando se parte de axiomas tão divergentes acerca do papel do Estado não é tarefa fácil, visto que isso implica maior ou menor intervenção estatal. Junto com a privatização de alguns setores da economia, surgiu a necessidade de regulação, que advém dessa opção política e econômica por meio da qual o Estado deixa de exercer diretamente atividades empresariais passando a ingerir-se nelas de outra forma, utilizando-se de instrumentos de autoridade.

A nova Lei Geral das Agências Reguladoras surgiu como uma ferramenta burocrática com vistas a impedir a realização do fenômeno da *captura* e crimes. Notadamente, a maior contribuição da nova legislação é a transparência, por meio da maior participação dos interessados nos processos decisórios e da realização de estudos prévios, etc., que servem precipuamente de freio para evitar a criação de novas regras ou exacerbação na edição de normas.

Ao mesmo tempo que se faz críticas às agências, assimila-se que o empresário não pode valer-se de meios ilícitos para agir sem responsabilidades. Nessa toada, propõe-se uma reflexão: garantia de maior liberdade e maior concorrência. E, se caso alguma empresa cometer delitos, que o Código Penal seja aplicado de maneira exemplar. Afinal, "[...] não há controle documental capaz de impedir a fraude. O que cabe é puni-la, exemplarmente, uma vez descoberta" (Beltrão, 2016, p. 496).

Embora aparente um enxugamento da máquina estatal transferir alguns setores para iniciativa privada, é por meio das agências reguladoras que o Estado permanece intervindo fortemente na economia. Apesar do aumento da burocracia e dos sistemas de controle, o fenômeno da *captura* e os crimes não deixam de surgir, e as agências reguladoras pouco contribuem para o desenvolvimento econômico nacional.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. São Paulo: Método, 2017.

BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e Liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 1984.

BELTRÃO, Hélio. Desburocratização, descentralização e liberdade: a aterrissagem no Brasil real. **Revista de Direito Administrativo**, [*s.l.*], v. 273, p. 491-501, 2016. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66755. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Decreto n. 86.215, de 15 de julho de 1981. **Fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica**. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-86215-15-julho-1981-435410-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo estrutural de gerência pública. **RAP**, [*on-line*], v. 42, n. 2, p. 391-410, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rap/a/yGxNGHd7GvFptzTPbD4fzDD/?lang=pt. Acesso em: 13 abr. 2015.

BRESSER PEREIRA, L. C. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, [*s.l.*], v. 49, n. 1, p. 5-42, 2014. Disponível em: https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/360. Acesso em: 4 out. 2021.

CARVALHOSA, Modesto. **Uma nova constituição para o Brasil**: de um país de privilégios para uma nação de oportunidades. São Paulo: LVM Editora, 2021.

DE OLIVEIRA CRUZ FILHO, O. A. O Velho Espírito Estatizante Brasileiro no Período Constituinte e Pós-Constituição de 1988 e a Agenda de Reforma Regulatória. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, São Paulo, v. 10, 2023. DOI: 10.30800/mises.2022.v10.1478. Disponível em: https://www.misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1478. Acesso em: 30 jun. 2023.

FARIAS, Pedro C. L. Desempenho, transparência e regulação: o mito das incompatibilidades congênitas. *In*: IX CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Madrid, 2004. **Anais** [...]. Madrid, 2004.

FARIAS, Pedro C. L. Regulação e os novos modelos de gestão no Brasil. *In*: VI CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Buenos Aires, 2001. **Anais** [...]. Buenos Aires, 2001.

FRANZEN, E. N. de M. Bureaucracy as the Enemy of Liberty. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, São Paulo, v. 10, 2023. DOI: 10.30800/mises.2022.v10.1492. Disponível em: https://misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1492. Acesso em: 30 jun. 2023.

G1. **Diretor da ANA preso em ação da PF é transferido para São Paulo**. G1, Distrito Federal, 28/11/2012. Disponível em: https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/diretor-da-ana-preso-em-acao-da-pf-e-transferido-para-sao-paulo.html. Acesso em: 29 jun. 2023.

G1. **PF investiga ação de servidores da Agência Nacional de Mineração para favorecer empresa, no Pará, Goiás e DF**. G1, Pará, 28/02/2023. Disponível em: https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2023/02/28/pf-investiga-acao-de-servidores-da-agencia-nacional-de-mineracao-para-favorecer-empresa-no-para-goias-e-df.ghtml. Acesso em: 29 jun. 2023.

GARNICA, Vitor Gabriel; KEMPFER, Marlene. O fenômeno da captura e a independência das Agências Reguladoras no Brasil. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, [*s.l.*], v. 5, n. 2, 2019. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/5830/pdf. Acesso em: 4 jul. 2023.

GARSCHAGEN, Bruno. **Pare de acreditar no governo**: por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. [recurso eletrônico].

GUIMARÃES, Luis Gustavo Faria. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras. **REDAP – Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, ano 4, v. 1, ed. n. 2, jul.-dez. 2019. Disponível em: http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/191/124. Acesso em: 4 jul. 2023.

HERNANDEZ, A.; CUADROS, D. Iniciativas de transparencia y accountability en America latina: naturaliza, tipología e incidencia en la democracia y el desarrollo. *In*: PINHEIRO, D.; MELO, D.; COSTA, J.; (org.). **Democracia**: desafios, oportunidades e tendências. Florianópolis: Imaginar o Brasil, 2014. p. 221-265.

IBPT – INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Quantidade de Normas Editadas no Brasil**, 2013. Disponível em: https://ibpt.com.br/quantidade-de-normas-editadas-no-brasil/. Acesso em: 11 abr. 2023.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da regulação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MAZZONI, João Fernando Rossi. Falhas de mercado no setor aeroportuário e contraposição da visão neoclássica com a escola austríaca e escola de public choice. **MISES: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia**, [*s.l.*], v. 7, p. 1-17, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Karine. PF investiga crimes contra a ANTT praticados por servidores: Policiais cumpriram cinco mandados de busca e apreensão. **Agência Brasil (EBC)**, Distrito Federal, 18/10/2022. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-10/pf-investiga-crimes-contra-antt-praticados-por-servidores. Acesso em: 29 jun. 2023.

MISES, Ludwig von. **Planning for freedom and twelve other essays and adresses**. Illinois: Libertarian Press, 1974. Disponível em: https://mises.org/library/planning-freedom-and-twelve-other-essays-and-addresses. Acesso em: 30 jun. 2023.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**: propostas epistemológicas para a política do direito. Itajaí: Univali, 2001.

ORRUTEA FILHO, Rogério Moreira. Direito, política e tradição: paralelos entre Edmund Burke e Schopenhauer. **Voluntas: Revista Internacional de Filosofia**, [*s.l.*], v. 11, n. 2, p. 510-528, 2020. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/voluntas/article/view/42972/html. Acesso em: 6 abr. 2023.

PECI, A. Reforma regulatória brasileira dos anos 90 à luz do modelo de Kleber Nascimento. **Revista de Administração Contemporânea**, [*s.l.*], 2007. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S1415-65552007000100002. Acesso em: 6 abr. 2023.

Evelyn Nunes de Melo Franzen

Mestranda em Administração junto ao Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG-UDESC). Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Administração Pública pela Esag-Udesc. Membro do grupo de pesquisa AdmEthics.

E-mail: evelynnunesdemelo@gmail.com

Endereço profissional: AdmEthics, Esag, Udesc, Av. Madre Benvenuta, n. 2.037, Itacorubi, Florianópolis, SC. CEP: 88.035-001.

Guilherme Aleandro Campestrini

Advogado. Mestrando em Administração junto ao Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG-UDESC). Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

E-mail: guilherme.campestrini@hotmail.com

Endereço profissional: Rua Indaial, 1004, Sala 11, Bairro São Judas, Itajaí, SC.

CEP: 88303-302.

Recebido em: 06/07/2023

Aceito em: 19/07/2023

Como referenciar este artigo

FRANZEN, Evelyn Nunes de Melo; CAMPESTRINI, Guilherme Aleandro. Agências Reguladoras: desafios no contexto brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 129-144, dezembro de 2023.

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

Crowdfunding: desburocratização do financiamento eleitoral sob a perspectiva da participação e liberdade

Evelyn Nunes de Melo Franzen[1]
Cryslan Jorjan de Moraes[1]
[1]Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a ferramenta de *crowdfunding* como uma inovação no modelo de financiamento eleitoral cuja desburocratização permite uma maior facilidade para efetuar doações às campanhas eleitorais. O estudo visa investigar a redução da burocracia do financiamento eleitoral por meio das plataformas de *crowdfunding* identificando a sua relação com a liberdade. No que tange aos métodos utilizados, a presente pesquisa tem uma abordagem teórica, qualitativa, baseada em uma revisão de literatura pertinente ao tema, sendo a coleta de dados feita por meio de fontes primárias e secundárias. Conclui-se que a utilização das plataformas de *crowdfunding* pode trazer maior participação social ao deixar o procedimento mais simples e acessível.

Palavras-chave: *Crowdfunding*; Financiamento Eleitoral; Participação; Desburocratização; Liberdade.

Crowdfunding: reducing bureaucracy in electoral financing from the perspective of participation and freedom

Abstract

This article aimed to analyze the crowdfunding tool as an innovation in the electoral financing model, in which the reduction of bureaucracy allows for an easier process of donating to electoral campaigns. The study, therefore, investigates how reduced bureaucracy allows achieve electoral financing aims, through crowdfunding platforms, and seeks to identify its relationship with freedom. As for the methods used, this research has a theoretical, qualitative approach, based on a review of literature relevant to the topic, with data collection carried out through primary and secondary sources. It is concluded that the use of crowdfunding platforms can bring greater social participation by making the procedure simpler and more accessible.

Keywords*: Crowdfunding; Electoral Financing; Participation; Debureaucratization; Freedom.*

1 Introdução

O interesse em aproximar o cidadão da esfera pública e simplificar procedimentos parece ser unanimidade entre aqueles que defendem a participação. Acredita-se que um ambiente livre e desburocratizado permite o surgimento de inovações, como o *crowdfunding*. Assim, apesar de ter uma corrente contrária ao financiamento privado das eleições, parte-se do pressuposto de que o *crowdfunding* é um poderoso instrumento democrático, pois propicia uma representação popular de maneira espontânea e facilitada.

Diversas características do modelo burocrático permanecem até os dias atuais na Administração Pública brasileira; os traços de formalismo exagerado e da burocracia ainda pairam sobre as leis e regulamentos. Nessa toada, o *crowdfunding*, no Brasil também conhecido por vaquinha digital, apresenta-se como um tema pertinente no que tange à simplificação do processo de financiamento eleitoral, e, até então, pouco explorado na Academia.

Este artigo não intenta, porém, esgotar o debate sobre a temática e sim chamar atenção do leitor para uma reflexão entre a relação do *crowdfunding* com a desburocratização. Dessa forma, o trabalho está estruturado na primeira seção a apresentar a definição de *crowdfunding* e o conceito de financiamento eleitoral. Na segunda seção é apresentado um debate sobre a desburocratização e a liberdade. E, por fim, são colocadas as principais considerações sobre o tema.

Quanto à metodologia, a pesquisa consiste em um estudo teórico, qualitativo, baseado numa seletiva revisão de literatura pertinente ao tema, com obras de renome nacional e internacional, sendo a coleta de dados feita por meio de fontes primárias e secundárias.

2 Financiamento de Campanhas Eleitorais

O financiamento eleitoral origina-se de custeio público, privado ou misto; sendo capaz de se classificar como direto ou indireto, isto é, subsídio financeiro (direto) ou por meio da concessão de vantagens ou de serviços (indiretos), tendo neste último caso a necessidade de

quantificar os custos em dinheiro e contabilizar como receita. Para Speck (2006, p. 154), "[...] por financiamento de campanhas eleitorais entendem-se os recursos materiais empregados pelos competidores em eleições populares para organizar a campanha e convencer os cidadãos a lhes conferirem o voto". Assim, os gastos de campanha são considerados aqueles que possuem a finalidade de cativar eleitores a votarem a favor de determinado projeto político.

O financiamento público eleitoral pode ser proveniente apenas de recursos do Estado, segundo Xavier (2014, *apud* Duarte, 2017), essa modalidade busca promover o equilíbrio e a concorrência entre os candidatos e partidos no pleito eleitoral, fortalecendo o sistema pluralista, em observância ao princípio da igualdade de oportunidades, além de restringir a intervenção das fontes privadas de receita. Já no financiamento privado eleitoral, considera-se a adoção de recursos de fontes privadas, derivadas de pessoas físicas ou jurídicas. Nesse sistema, os partidos e candidatos são os responsáveis por arrecadar os fundos, podendo ser de fonte própria ou alheia e fazendo com que as candidaturas se certifiquem de seu eleitorado em busca do financiamento.

No Brasil, o financiamento pode ser originado tanto de recursos públicos quanto privados. O modelo misto permite que as fontes sejam segmentadas e não se concentrem apenas no Governo ou no capital privado. Em defesa do financiamento misto, especialistas apontam que somente o financiamento misto é compatível com o modelo pluripartidário e os princípios da democracia. Nessa toada, um modelo de financiamento misto deve prever a contribuição financeira das pessoas físicas como forma de participação dos cidadãos na vida política, bem como de aproximação entre os partidos e a sociedade.

Sacchet e Speck (2012) ressaltam que os recursos financeiros são cruciais para o sucesso de uma eleição. Em um breve diagnóstico da relação entre os recursos arrecadados para a campanha e o desempenho eleitoral, é possível perceber que ambos estão fortemente unidos, pressionando as candidaturas a se disporem excessivamente na busca de dinheiro. Contudo, esse processo pode ser marcado por imperfeições, principalmente no respeito aos valores básicos de democracia e justiça.

Recentes estudos encontraram na dinâmica do financiamento eleitoral uma das causas da corrupção no Brasil. Sacchet e Speck (2012) concluem isso ao ilustrar os modos de arrecadação ilegal de recursos, analisando conceitualmente os paralelismos e as diferenças entre a corrupção com fins privados e fins políticos. Para o autor, uma melhor regulação do financiamento político, no sentido de trazer mais transparência em todo o processo eleitoral, pode estabelecer um retorno positivo no combate à corrupção (Sacchet; Speck, 2012).

De acordo com Zovatto (2005), os escândalos de corrupção ampliam o debate sobre o assunto. "O tema do financiamento de partidos e de campanhas adquiriu uma importância cada vez maior porque, afora seus pontos positivos, costuma ser associado lamentavelmente com escândalos de corrupção política e tráfico de influências" (Zovatto, 2005, p. 289). No Brasil, a crise de representatividade estimulou a população brasileira a questionar a origem dos recursos de campanha arrecadados. A confusão entre o público e o privado, os resquícios do patrimonialismo e a origem da corrupção administrativa contribuem para o aumento das exigências burocráticas, vindo a dificultar a vida da maioria das pessoas que cumprem com os seus deveres corretamente (Penna, 1988).

Há crenças de que as doações empresariais podem ser motivadas pela expectativa dos doadores de influenciar as decisões dos candidatos quando eleitos, corrompendo a democracia em dois aspectos: primeiro tornam os cidadãos politicamente desiguais, pois favorecem candidatos com mais recursos ou com relações mais próximas ao meio empresarial. Por outro lado, os financiadores de campanha ficam na posição de credores dos candidatos eleitos, compelindo-os a decisões políticas enviesadas (Sztutman; Aldrighi, 2013).

Entretanto, conforme aponta Zovatto (2005), o financiamento privado é um mecanismo necessário para os partidos e candidatos, ajudando a sociedade e melhorando a eficiência na gestão dos recursos arrecadados. Embora defensores do financiamento público continuem alegando que o apoio governamental reduziria a corrupção, não há como sustentar que sem as doações privadas estaríamos livres de qualquer ato corrupto, como reiterado por Delia Ferreira Rubio (2005,

p. 10), "[...] o efeito do financiamento público como antídoto contra a corrupção não tem corroboração empírica suficiente".

Vale ressaltar que as contribuições empresariais são proibidas pela legislação vigente, restando a possibilidade de financiamento individual ou coletivo.

2.1 Cultura de Doação

O ato de doação é considerado uma ação solidarista. De acordo com o Dicionário Aurélio, o solidarismo quer dizer "[...] doutrina moral e social baseada na solidariedade"; isto é, baseada no "[...] sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, duma nação, ou da própria humanidade"; ou, ainda, na "[...] relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s)" (Ferreira, 2004).

Muitos autores defendem a solidariedade como uma lei da natureza, um afeto evidente de adesão ao grupo e à espécie. Quanto maior a maturidade e o desenvolvimento da consciência coletiva em uma sociedade, mais pessoas detêm o conhecimento de que também são parte da mudança positiva em seu ambiente e são os agentes fundamentais para a transformação. O envolvimento da sociedade com o seu meio social é fundamental no processo de formação dessa cultura.

O *Ranking* Mundial da Solidariedade (*World Giving Index*) é uma das principais fontes de avaliação da cultura de doação de cada país. O índice tem como cálculo de solidariedade a realização de um estudo com base em três critérios: doação em dinheiro, ajuda a um desconhecido e voluntariado. A 9ª edição ocorreu no ano de 2018 em 148 países, indicando que no último levantamento o Brasil despencou quase 50 posições, ocupando a posição 122, apontando que ainda não possui uma cultura de doação madura e estabelecida (CAF, 2018).

Dessa forma, neste momento de desenvolvimento da nação brasileira, é essencial o fortalecimento e consolidação de uma cultura de doação, estimulando a doação individual como um meio de

fomentar a sociedade civil brasileira e suas iniciativas. Para tanto, é crucial disseminar a importância da doação e do engajamento cívico. Conforme menciona Frey (2000, p. 93), "[...] o exercício da cidadania pode transformar-se em elemento constitutivo dos hábitos e do modo de viver do cidadão".

2.2 *Crowdfunding*

Segundo o dicionário Priberam (2023), o conceito do termo inglês *crowdfunding* é: "[...] financiamento coletivo de uma ideia ou iniciativa ou de uma entidade, através da contribuição de um grande número de pessoas, geralmente angariado através da Internet". Para descomplicar e dar mais clareza, pode-se desmembrar o nome em *crowd*, que, em inglês, significa "multidão"; e *funding*, que significa "financiamento". A ideia central seria obter dinheiro com um grande público, em que cada indivíduo contribui com uma parcela pequena, para que possa ser possível viabilizar algo que individualmente não seria fácil.

Com *crowdfunding*, o dono do projeto atrai somente os indivíduos mais interessados em suas propostas. Assim, as pessoas que contribuem para um projeto acontecer estão se autoescolhendo e colaborando para uma relação mais rica entre empresa e cliente (Monteiro, 2014). Os projetos financiados nessas plataformas são diversos, como a produção de CD de uma banda, ou até mesmo recolhimento de fundos de investimentos para formação de uma *startup*.

O *crowdfunding* surgiu na Europa em 2006 pelo *site* Sellaband financiando iniciativas musicais. Três anos após, surgiu o *site* de maior expressão em financiamento coletivo, a plataforma norte-americana Kickstarter, voltada para a contribuição de projetos de cunho social e cultural. Esse movimento cresceu exponencialmente e alcançou outros países. No Brasil, em 2009, o *site* que iniciou o fenômeno virtual foi o Vakinha, cujos projetos objetivam beneficiar ações de cunho cultural e até mesmo de necessidades pessoais.

Segundo Amedomar (2015), para uma campanha de *crowdfunding* existir, há dois agentes fundamentais comuns a qualquer outro tipo de investimento. Primeiramente, deve haver um proponente: pessoa física

ou jurídica que demanda recursos para um projeto, criando campanhas e buscando apoio para que ele aconteça. Já o demandante relaciona-se com a plataforma, pois se inscreve nela e, com isso, submete-se a suas limitações, bem como a suas regras de uso e normas de trabalho.

O fenômeno virtual foi se consolidando e, dessa maneira, chegou na política. Para tanto, hoje, discute-se a importância do financiamento coletivo nas eleições como uma possibilidade de democratizar o apoio eleitoral e trazer maior legitimidade ao pleito. Dessa maneira, o *crowdfunding* é uma nova maneira de mobilização cívica que permite uma participação mais efetiva e mais direta, fomentando o espírito de cidadania e a participação popular. Por conseguinte, essa ferramenta permite a aproximação das pessoas com a política, se tornando uma nova forma de engajamento nas eleições.

No Brasil, a reforma eleitoral de 2017, Lei n. 13.488/2017, incluiu o financiamento coletivo como uma nova modalidade de arrecadação de recursos de campanha eleitorais, indicando como requisitos:

a) cadastro prévio na Justiça Eleitoral, que estabelece regulamentação para prestação de contas, fiscalização instantânea das doações, contas intermediárias, se houver, e repasses aos candidatos;
b) identificação obrigatória, com o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) de cada um dos doadores e das quantias doadas;
c) disponibilização em sítio eletrônico de lista com identificação dos doadores e das respectivas quantias doadas, a ser atualizada instantaneamente a cada nova doação;
d) emissão obrigatória de recibo para o doador, relativo a cada doação realizada, sob a responsabilidade da entidade arrecadadora, com envio imediato para a Justiça Eleitoral e para o candidato de todas as informações relativas à doação;
e) ampla ciência a candidatos e eleitores acerca das taxas administrativas a serem cobradas pela realização do serviço;
f) não incidência em quaisquer das hipóteses listadas no artigo 24 da Lei n. 9.504/1997;

g) observância do calendário eleitoral, especialmente no que diz respeito ao início do período de arrecadação financeira, nos termos dispostos no § 2º do artigo 22-A da Lei n. 9.504/1997;
h) observância dos dispositivos da Lei n. 9.504/1997 relacionados à propaganda na internet (Brasil, 2017).

Isso posto, o meio coletivo de financiamento eleitoral tem demonstrado ser uma modalidade arrojada e pertinente de análise, visto que é uma iniciativa recente na democracia brasileira que busca inovar na forma como os partidos e os candidatos arrecadam seus recursos para as campanhas eleitorais, incentivando a participação cívica e seu engajamento na política, por meio de uma relação benéfica entre doadores e representantes.

3 Desburocratização e Participação

Tornar os procedimentos mais simplificados possibilita que cada vez mais sujeitos tenham acesso à política. Nessa acepção, descomplicar o processo de financiamento eleitoral, ao tornar as contribuições monetárias mais simples, permite uma maior participação e engajamento no processo democrático. O financiamento coletivo ou *crowdfunding*, por meio da *internet*, propicia que diversos indivíduos apoiem uma causa sem exigências burocráticas, tornando-se um poderoso instrumento popular.

Nessa toada, considera-se que a desburocratização influencia no exercício da cidadania quando aproxima o cidadão do Estado permitindo a sua participação e o incluindo como um membro de uma comunidade. Franzen (2023) aponta que a burocracia pode ser criticada sob várias perspectivas, pois há um pano de fundo sociológico e político que a faz com que ela impeça a realização das liberdades humanas, indo além dos entraves do cotidiano colocados pelo Poder Público. Quando o homem deseja participar da vida política, ele quer efetivamente participar e não apenas fazer um papel. Sendo assim, os meios devem ser efetivos para que seja facilitada sua atuação política. Desse modo, "[...] os males da burocracia vão além de uma mera complicação

de procedimentos, para afetar diretamente na possibilidade de o indivíduo exercer a sua qualidade de cidadão, ser livre e participar da *polis*" (Franzen, 2023, p. 12).

Segundo Weber (2014), a burocracia é um tipo ideal de dominação racional-legal em que a organização busca uma adequação entre meios e objetivos para garantir o máximo de eficiência. Com objetivo de reduzir a discricionariedade em suas ações e ampliar a eficiência em seus resultados, a teoria burocrática está fundamentada: a) no recrutamento meritocrático e carreiras profissionais de longo prazo; b) na observância de protocolos, normas escritas, hierarquias funcionais e impessoalidade; e c) nas escolhas técnicas e racionais. Para o autor, a superioridade técnica da organização burocrática é a razão fundamental para o seu progresso (Weber, 2014).

Entre as críticas à burocratização, uma delas é que as decisões são sempre tomadas pelos sujeitos, "[...] tanto que, nem as mais sofisticadas amarras burocráticas impediram o agir antiético daqueles inclinados à corrupção" (Franzen, 2023, p. 5). O ex-ministro extraordinário para a desburocratização, Hélio Beltrão, em palestra proferida na Academia Brasileira de Ciência de Administração, Rio de Janeiro, de 28 de maio de 1981, sustentou que:

> No Brasil, em vez de se colocar o falsário na cadeia, obrigam-se todas as pessoas a provar sistematicamente, com documentos, que não são desonestos. Com isso, pune-se o honesto sem inibir o desonesto, que é especialista em falsificar documentos. O documento substancialmente falso costuma ser formalmente mais perfeito que o verdadeiro. As prestações de contas do desonesto também costumam ser impecáveis quanto à forma (Beltrão, 1981, p. 96).

Embora a intenção da burocracia aparente proteger as organizações ao buscar impedir o mau uso da administração, a prática demonstra que os casos de corrupção não foram inibidos pelas amarras burocráticas. Ainda, o caráter autoritário da burocracia é reflexo de seu processo de formação, baseado em premissas do exército prussiano, como a hierarquia e o controle (Franzen, 2023).

A desconfiança nos indivíduos pode ocasionar uma fragilização da vida em sociedade, dissipando iniciativas que garantem maior poder aos cidadãos. Mises (2010), em seu tratado de Economia, "*Ação Humana*", indica que a liberdade só faz sentido quando se refere às relações inter-humanas. Para o autor, toda escolha acontece por meio de uma deliberação racional por parte do agente-homem, reforçando que toda ação racional é, antes de tudo, uma ação individual. Posto isso, identifica-se que somente em um contexto social é possível atribuir significado ao conceito de liberdade:

> No sentido praxeológico, o termo liberdade refere-se à situação na qual um indivíduo tem a possibilidade de escolher entre modos de ação alternativos. Um homem é livre na medida em que lhe seja permitido escolher os seus fins e os meios a empregar para atingi-los. A liberdade de um homem é rigidamente restringida pelas leis da natureza, bem como pelas leis da praxeologia. Ele não pode pretender atingir fins incompatíveis entre si. Há prazeres que provocam efeitos determinados no funcionamento do corpo e da mente; se quiser desfrutá-los, terá de sofrer as consequências. Seria absurdo dizer que o homem não é livre porque não pode, digamos drogar-se, sem sofrer as inevitáveis consequências consideradas como altamente indesejáveis. Embora isso seja evidente para todas as pessoas de bom senso, esta evidência não é bem percebida em situações análogas sujeitas às leis da praxeologia (Mises, 2010, p. 295).

A concepção de uma sociedade livre pode estar relacionada a diversos fatores. Karsten e Beckman (2013) apontam que as sociedades democráticas carecem de liberdade, pois sofrem de excessiva burocracia e desmoderado zelo regulatório por meio do controle estatal. Alexis de Tocqueville (1805-1859), na obra "*A Democracia na América*", faz uma reflexão teórica e a contextualização histórica sobre a formação da democracia americana, resultando numa significativa contribuição às teorias democráticas contemporâneas, especialmente no que tange à descentralização e ao poder local. Segundo Tocqueville (1998), um governo centralizador e tipicamente burocrático afasta o homem comum da esfera pública, elevando o risco de opressão estatal.

Quando a burocracia reduz o indivíduo a uma equação matemática e rechaça a política, ela acaba por desconsiderar uma variável intrínseca à condição humana. Aristóteles (1973) é categórico em sua tese sobre sociabilidade, indicando que a vida isolada é insuficiente e que a maior realização do homem está na relação indissociável com a *polis*, visando o bem comum. À vista disso, uma das maiores falhas no processo de formulação das políticas públicas é desconsiderar a dimensão política humana.

De acordo com Beltrão (1981), a mudança na Administração Pública se dá mais pela via política do que pelo viés técnico, pois envolve decisões eminentemente políticas para investir os usuários na qualidade de cidadãos. Isso implica modificar para a própria estrutura de poder e a forma como ele é exercido dentro da organização, para tanto, é necessária uma transformação cultural, pois acarreta renunciar controle estatal e transferi-lo à periferia da Administração ou ao usuário. A descentralização das decisões, consequentemente, depende de uma vontade política manifestada por quem possa fazê-la.

A distância entre governantes e governados pode ser maior ou menor, a depender da efetiva possibilidade de o indivíduo ser capaz de exercer suas liberdades. Quando a Administração Pública torna-se complexa e centralizada, o homem comum é afastado da esfera pública, corroborando com a visão de Tocqueville (1998) de que o centralismo burocrático reduz a possibilidade de o cidadão envolver-se no governo. Paz (2021) elucida que a tradição empirista da democracia americana evitou a centralização administrativa e a sobreposição da igualdade acima da liberdade individual. Para o autor, quanto mais um país busca igualdade, mais o poder administrativo é centralizado e amparado na burocracia governamental. Enquanto a ordem espontânea, capaz de proporcionar o cultivo de valores morais e religiosos, levaria a "[...] descentralização administrativa e a uma conciliação orgânica entre igualdade de condições e liberdade individual" (Paz, 2021, p. 18).

Vale ressaltar que o conceito de desburocratização vai além da simplificação de procedimentos, relacionando-se à liberdade, à dignidade humana e à garantia à qualidade de ser cidadão. Assim, quando o indivíduo tem poder para exercer seus atos, é atrelada uma responsabilidade a ele, indo ao encontro do pensamento de Hayek (1990):

> A liberdade de ordenar nossa conduta numa esfera em que as circunstâncias materiais nos obrigam a escolher, e a responsabilidade pela organização da nossa existência de acordo com a nossa consciência, são a única atmosfera em que o senso moral se pode desenvolver e os valores morais serem a cada dia recriados no livre arbítrio do indivíduo. A responsabilidade, não perante um superior mas perante a própria consciência, a compreensão de um dever não imposto pela compulsão, a necessidade de resolver qual das coisas a que damos valor devemos sacrificar a outras e de aceitar as consequências da nossa decisão - eis a essência de toda regra moral que mereça tal nome (Hayek, 1990, p. 225).

Para Hayek (1983, p. 73), a liberdade individual deve nortear a ação política e deve ser aceita como "[...] um valor intrínseco, como um princípio que deve ser respeitado sem nos determos sobre as consequências em determinado caso". Na ótica do autor, só seria possível êxito civilizacional caso a liberdade fosse compreendida e aceita como princípio moral e como pressuposto fundamental da sociedade (Hayek, 1983). Nessa perspectiva, o Império da Lei (ou Estado de Direito) seria a única condição de coerção aceitável, desde que o seu objetivo fosse garantir a própria liberdade. Tal ideia vai ao encontro da concepção de John Locke quando afirma que "[...] o fim da lei não é abolir ou restringir, mas conservar e ampliar a liberdade" (Locke, 1998, p. 433).

Um homem livre é aquele capaz de fazer suas escolhas e responsabilizar-se pelas suas consequências. Dessa maneira, é esperado que o Estado ofereça as condições necessárias para o indivíduo exercer sua liberdade, garantir sua vida e proteger sua propriedade. Entretanto, não basta que a nação assegure a liberdade no plano político, é necessário que ela estenda-se ao quotidiano do cidadão e atinja as iniciativas privadas e coletivas, abrindo espaço para novos instrumentos como o *crowdfunding*.

4 Considerações Finais

A desburocratização influencia no exercício da cidadania quando aproxima o cidadão do Estado, permitindo a sua participação e o incluindo como um membro da comunidade. Dessa forma, deixar o homem livre dos excessos burocráticos é acreditar na sua responsabilidade, sua liberdade e na sua capacidade de agir eticamente. Assim, novas iniciativas como o *crowdfunding* só podem florescer em um espaço com autonomia para inovação.

Ainda, não há como sustentar que sem as doações privadas estaríamos livres de qualquer ato corrupto ou de estelionato eleitoral. Mesmo com as eleições nos últimos anos se tornando majoritariamente financiadas por recursos públicos, foram verificados inúmeros casos de desvios e corrupção.

Após a participação em algumas eleições, o financiamento coletivo eleitoral já demonstra ser uma iniciativa que permite a doação por pessoa física para campanhas eleitorais de forma mais facilitada, incentivando essa forma de apoio aos candidatos.

Um ponto importante a se destacar é que as "vaquinhas digitais" reduzem a dependência de financiadores tradicionais, diminuindo muitas vezes a influência indevida do dinheiro sobre as eleições. Como visto anteriormente, o *crowdfunding* tem potencial de contribuir para uma maior transparência, prestação de contas e representatividade política.

Nesse sentido, é necessário reforçar a relevância que essa inovação eleitoral possui ao processo democrático, tendo em vista que os candidatos passam a ser financiados diretamente pelos eleitores, que podem avaliar suas propostas e alinhar suas doações aos interesses que consideram relevantes para a sociedade. Ademais, os financiadores são os maiores fiscalizadores dos eleitos, ampliando o controle social nos mandatos. Destarte, iniciativas como essa demonstram a importância da liberdade para uma sociedade.

Portanto, o principal ganho com a desburocratização no financiamento eleitoral é o engajamento da sociedade no processo político, antes, durante e depois das campanhas. Ao doar para uma campanha política, os eleitores se tornam parte ativa do processo eleitoral, sentindo-se mais conectados e envolvidos com a candidatura, causa ou ideologia que estão apoiando.

Referências

AMEDOMAR, A.A. **O *crowdfunding* de recompensas como alternativa de capital empreendedor para Empresas de Base Tecnológicas no Brasil**: um estudo descritivo-exploratório. 2015. 227p. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril, 1973. (Os pensadores, v. 4).

BELTRÃO, Hélio. Programa nacional da desburocratização. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 92-119, 1981. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/11600. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.488, de 6 de outubro de 2017.** Altera as Leis n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, e n. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13488-6-outubro-2017-785551-publicacaooriginal-153918-pl.html. Acesso em: 4 jul. 2023.

CAF – CHARITIES AID FOUNDATION. **World Giving Index 2018**. Kings Hill, United Kingdon: CAF, 2018. Disponível em: https://www.idis.org.br/publicacoesidis/world-giving-index-2018/. Acesso em: 2 jun. 2023.

DUARTE, I. G. S. **Financiamento de campanha eleitoral como instrumento de efetivação da democracia brasileira**. 2017. 56p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**: o dicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2004.

FRANZEN, E. N. de M. Bureaucracy as the Enemy of Liberty. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, São Paulo, v. 10, 2023. DOI: 10.30800/mises.2022.v10.1492. Disponível em: https:// misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1492. Acesso em: 11 jun. 2023.

FREY, Klaus. Descentralização e poder local em Alexis de Tocqueville. **Revista de Sociologia e Política**, [*on-line*] n. 15, p. 83-96, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/zdVs3nGQJBXYFfBLC4MdZ5y/?lang=pt. Acesso em: 20 jun. 2023.

HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade.** Brasília, DF; São Paulo: UnB; Visão, 1983.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. — 5. ed. — Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. 221 p.

HAUPENTHAL, Diego. ***Crowdfunding* e a cultura da participação**: Motivações envolvidas na participação em projetos de patrocínio coletivo. 2011. 66p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Comunicação Social, Habilitação em Publicidade e Propaganda) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da democracia.** São Paulo: Mises Brasil, 2013. Disponível em: https:// d3ptueit7w3f7j.cloudfront.net/Livros/Alem+da+Democracia.pdf. Acesso em: 2 jun. 2023.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MISES, Ludwig von. **Ação humana**: um tratado de economia. São Paulo: Mises Brasil, 2010. Disponível em: https://d3ptueit7w3f7j.cloudfront.net/Livros/a%C3%A7%C3%A3oo+Humana+-+Um+Tratado+de+Economia.pdf. Acesso em: 15 maio 2023.

MONTEIRO, Mônica C. ***Crowdfunding* no Brasil**: uma análise sobre as motivações de quem. 2014. 124p. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2014.

PAZ, Anderson. Liberdade e Democracia em Tocqueville: um Contraste entre a Descentralização Espontânea da Democracia Americana e a Centralização Racionalista da Revolução Francesa. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, [*s.l.*], 21 de junho de 2021. Disponível em: https://www.misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1405/705. Acesso em: 6 abr. 2023.

PENNA, José Osvaldo de Meira. **O dinossauro**: uma pesquisa sobre o Estado, o patrimonialismo selvagem e a nova classe de intelectuais e burocratas. São Paulo: T.A. Queiroz, 1988.

PRIBERAM. **Dicionário Online de Português**. 2023. Disponível em: https://dicionario.priberam.org/crowdfunding. Acesso em: 21 jun. 2023.

RUBIO, Delia Ferreira. Financiamento de Partidos e Campanhas. **Novos Estudos**, CEPRAB, [*s.l.*], p. 5-15, nov. 2005.

SACCHET, Teresa; SPECK, Bruno. Dinheiro e sexo na política brasileira: financiamento de campanha e desempenho eleitoral em cargos legislativos. *In*: ALVES, José Eustáquio Diniz; PINTO, Céli Regina Jardim; JORDÃO, Fátima (org.). **Mulheres nas eleições de 2010**. São Paulo: ABCP, 2012. p. 417-452.

SPECK, Bruno W. O financiamento de campanhas eleitorais. *In*: AVRITZER, Leonardo e ANASTASIA, Fátima. **Reforma Política**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 153-158.

SZTUTMAN, André Medeiros; ALDRIGHI, Dante Mendes. **Financiamento das campanhas eleitorais de 2006 por grupos econômicos e empréstimos do BNDES**. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Finanças, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WEBER, Max. **O que é a burocracia**. Brasília, DF: CFA, 2014. Disponível em: https://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos Partidos e Campanhas Eleitorais na América Latina: uma análise comparada. **Opinião Pública**, [*s.l.*], v. XI, n. 2, p. 287-3, 2005.

Evelyn Nunes de Melo Franzen

Mestranda em Administração junto ao Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG-UDESC). Graduada em Direito (UNISUL) e em Administração Pública (ESAG-UDESC). Membro do grupo de pesquisa AdmEthics.

E-mail: evelynnunesdemelo@gmail.com

Endereço profissional: AdmEthics, Esag, Udesc, Av. Madre Benvenuta, n. 2.037, Itacorubi, Florianópolis, SC. CEP: 88.035-001.

Cryslan Jorjan de Moraes

Mestrando em Administração junto ao Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG-UDESC). Graduado em Administração Pública (ESAG-UDESC).

E-mail: cryslan@live.com

Endereço profissional: Praça Arnoldo de Souza, 38, Gabinete 21, Centro, São José, SC. CEP: 88.103-005.

Recebido em: 06/07/2023

Aceito em: 24/07/2023

Como referenciar este artigo

FRANZEN, Evelyn Nunes de Melo; MORAES, Cryslan Jorjan de. *Crowdfunding*: desburocratização do financiamento eleitoral sob a perspectiva da participação e liberdade. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 145-161, dezembro de 2023.

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

Desjudicialização e Sustentabilidade: análise do Programa de Incentivo à Desjudicialização e ao Êxito Processual (PRODEX) do Estado de Santa Catarina

Alisson de Bom de Souza[1]
Sérgio Laguna Pereira[1]
[1]Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo se propõe a examinar a recente Lei n. 18.302, de 2021, do Estado de Santa Catarina, que instituiu o Prodex e sua relação com as categorias Desjudicialização e Sustentabilidade. Descreve os principais dispositivos legais e a motivação que levou à edição da aludida legislação estadual. Aprofunda-se no exame do papel da Advocacia Pública em estratégias de desjudicialização e solução de conflitos. Em seguida, a categoria Desjudicialização é analisada, demonstrando-se a compreensão doutrinária atual a respeito do assunto. No mesmo sentido, a categoria Sustentabilidade é examinada, notadamente em sua aplicação no âmbito da Administração Pública. Por fim, discute-se o Prodex como instrumento de Sustentabilidade.

Palavras-chave: Desjudicialização; Sustentabilidade; Advocacia Pública; Solução de Conflitos.

Desjudicialización y Sostenibilidad: análisis del Programa de Incentivo a la Desjudicialización y Éxito Procesal (PRODEX) del Estado de Santa Catarina

Resumén

Este artículo se propone examinar la reciente Ley nº 18.302, de 2021, del Estado de Santa Catarina, que instituyó el Prodex y su relación con las categorías Desjudicialización y Sostenibilidad. Describe las principales disposiciones legales y la motivación que llevó a la publicación de la referida legislación estatal. Además, se profundiza en el examen del papel de la Abogacía Pública en las estrategias de desjudicialización y resolución de conflictos. A continuación, se analiza la categoría Desjudicialización, demostrando el actual entendimiento doctrinario sobre el tema. En el mismo sentido, se examina la categoría de Sostenibilidad, en particular en su aplicación en el ámbito de la Administración Pública. Finalmente, se habla de Prodex como instrumento de Sostenibilidad.

Palabras Clave*: Desjudicialización; Sostenibilidad; Abogacía Pública; Resolución de Conflictos.*

1 Introdução

Este artigo examina o Programa de Incentivo à Desjudicialização e ao Êxito Processual (PRODEX) do Estado de Santa Catarina, trazendo ao debate reflexões sobre a trajetória da Advocacia Pública catarinense como instituição estatal relevante na tarefa de solucionar conflitos e de promover direitos fundamentais.

O trabalho é produzido a partir das categorias Desjudicialização e Sustentabilidade na Administração Pública (Pasold, 2018), assim como intenta verificar quais as contribuições que a Advocacia Pública pode fornecer para fomentar uma cultura de prevenção e de solução de conflitos do cidadão com a Administração Pública, notadamente a partir dos parâmetros definidos pelo Prodex.

Inicialmente, são apresentadas notas introdutórias sobre o Prodex e o modo como esse programa foi concebido e está sendo implementado no âmbito do Estado de Santa Catarina pela Lei Estadual n. 18.302, de 23 de dezembro de 2021 (Santa Catarina, 2021c). Prossegue-se examinando o papel da Advocacia Pública como protagonista em estratégias de desjudicialização. Ato contínuo, examina-se a compreensão doutrinária atual do que se entende por desjudicialização. Ingressa-se, então, na análise da sustentabilidade na Administração Pública para, na parte final, analisar o Prodex como instrumento de sustentabilidade.

2 Breves Notas sobre o Programa de Incentivo à Desjudicialização e ao Êxito Processual (PRODEX) do Estado de Santa Catarina

A Lei n. 18.302, de 23 de dezembro de 2021, do Estado de Santa Catarina, instituiu o Programa de Incentivo à Desjudicialização e ao Êxito Processual (PRODEX), no âmbito do Poder Executivo (Santa Catarina, 2021c). Fruto de anteprojeto de lei que nasceu na Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina no ano de 2021, a proposta legislativa teve a iniciativa do Governador do Estado, tendo sido aprovada na Assembleia Legislativa e, por fim, sancionada pelo mesmo Governador.

O registro inicial necessário que decorre da aludida legislação é a relevância do vocábulo *desjudicialização*, que é elemento central da política pública proposta em Santa Catarina e se encontra na ementa da lei aprovada no parlamento estadual. O aludido programa se constituiu em uma iniciativa estatal voltada para resolver conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário.

O programa de desjudicialização catarinense restou vinculado ao órgão de advocacia pública estadual, a Procuradoria-Geral do Estado (PGE), conforme estatui o artigo 1º da lei do Prodex: "Fica instituído o Programa de Incentivo à Desjudicialização e ao Êxito Processual (PRODEX), no âmbito do Poder Executivo, vinculado à Procuradoria-Geral do Estado (PGE)" (Santa Catarina, 2021c, art. 1º).

Por sua vez, o Prodex catarinense tem como princípios declarados no parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 18.302, de 2021, a juridicidade, a boa-fé, a celeridade, a acessibilidade, a redução da litigiosidade e a vantajosidade financeira. No mesmo dispositivo, são elencados os objetivos do programa de desjudicialização:

> I – promover a desjudicialização e a adoção de medidas para a composição administrativa de litígios no âmbito da Administração Pública Estadual, com vistas à resolução de conflitos e pacificação social e institucional;
>
> II – reduzir o dispêndio de recursos públicos na instauração, na condução e no acompanhamento de processos administrativos e judiciais, nos quais os custos superem o potencial benefício decorrente dos prognósticos dos seus resultados;
>
> III – reduzir os passivos financeiros decorrentes de controvérsias de repercussão individual ou coletiva;
>
> IV – fomentar a cultura de uma administração pública consensual, participativa e transparente, buscando soluções negociadas que logrem resolver os conflitos e as disputas;
>
> V – fazer da advocacia pública um instrumento para a promoção de políticas públicas e procedimentos fomentadores de uma cultura de resolução de conflitos célere e eficiente; e

> VI – instituir instrumentos de incentivo ao êxito financeiro e à eficiência nos processos judiciais e administrativos (Santa Catarina, 2021c, art. 1º).

Um importante registro histórico sobre a formulação do aludido programa pode ser encontrado na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 0459.0/2021, que foi submetido à Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina (Santa Catarina, 2021a). Na Exposição de Motivos assinada pelo Procurador-Geral do Estado, verifica-se a finalidade dúplice do Prodex: 1) promover a desjudicialização e a adoção de medidas para a composição administrativa de litígios no âmbito da administração pública estadual, com vistas à resolução de conflitos e pacificação social e institucional; e 2) dotar a advocacia pública de instrumentos para aperfeiçoar o êxito nos processos judiciais e administrativos, fomentando a vantajosidade financeira em prol do erário e a eficiência na atuação processual.

Afirmou-se na aludida Exposição de Motivos, que pode ser visualizada no sítio da Assembleia Legislativa na internet, que:

> A ausência de instrumentos e estruturas no âmbito do Poder Executivo para solução de conflitos e promoção da pacificação social leva à crença da população de que recorrer ao Judiciário é a única alternativa para ver reconhecidos seus direitos, e não a última, como deveria ser. O resultado disso é um crescimento exponencial do volume de processos judiciais, impedindo a solução de conflitos com a velocidade necessária, apesar de todos os esforços do Poder Judiciário nesse sentido (Santa Catarina, 2021a).

A Lei n. 18.302, de 2021, estabeleceu no artigo 2º que o programa será operacionalizado pela PGE com os denominados instrumentos do Prodex:

> Art. 2º O PRODEX será operacionalizado por meio da PGE com os seguintes instrumentos:
>
> I – a Câmara Administrativa de Gestão e Solução de Conflitos, na forma de lei específica;
>
> II – acordos judiciais e administrativos;

> III – participação de Procuradores do Estado em mutirões de conciliação;
> IV – a Câmara de Conciliação de Precatórios, na forma de lei específica;
> V – cobrança administrativa de créditos inscritos em dívida ativa;
> VI – negócios jurídicos processuais;
> VII – mediação e arbitragem; e
> VIII – incentivo ao êxito processual (Santa Catarina, 2021a, art. 2º).

Inclusive, alguns desses instrumentos que dependiam de legislação específica ou regulamentadora já foram efetivados. Por exemplo, o instrumento previsto no inciso I foi criado por meio da Lei Complementar n. 780, de 23 de dezembro de 2021, e regulamentado pela Resolução n. 4, de 2022, do Conselho Superior da PGE. Trata-se da Câmara Administrativa de Gestão e Solução de Conflitos, instrumento da advocacia pública para solução de litígios administrativos (Santa Catarina, 2022c).

Nota-se uma escolha legislativa por conferir à Procuradoria-Geral do Estado a capacidade de regulamentar e de organizar os instrumentos criados, especialmente a aludida Câmara. Essa opção fica evidente com a redação do artigo 23 da lei do Prodex: "Art. 23 Fica a PGE autorizada a editar normas complementares ao fiel cumprimento desta Lei" (Santa Catarina, 2021c).

Já a Câmara de Conciliação de Precatórios foi incluída como instrumento do Prodex, possuindo regulamentação legal desde a edição da Lei catarinense n. 15.693, de 21 de dezembro de 2011.

No mesmo sentido, o Decreto n. 2.241, de 31 de outubro de 2022, regulamentou os artigos 21 e 22 da Lei do Prodex (Santa Catarina, 2022a), a fim de dispor sobre a convenção de arbitragem e a previsão de cláusula de mediação, que são também instrumentos para a desjudicialização.

Nos termos da Portaria PGE/GAB n. 133, de 27 de outubro de 2022, houve a regulamentação dos negócios jurídicos processuais no âmbito do Sistema Administrativo de Serviços Jurídicos do Estado de Santa Catarina (Santa Catarina, 2022d), com vistas à flexibilização dos

ritos procedimentais em processos judiciais em que a Administração seja parte.

Além disso, por meio da Resolução n. 01, de 2 de fevereiro de 2022, do Conselho Superior, houve a disciplina das formas e condições do incentivo ao êxito processual no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado (Santa Catarina, 2022b), especialmente a distribuição de honorários advocatícios para os membros da advocacia pública estadual, conforme previsão expressa do artigo 14 da Lei do Prodex (Santa Catarina, 2021c).

Relevante registrar que o Capítulo II da Lei do Prodex estabelece um conjunto de normas sobre acordos judiciais e administrativos, a fim de conferir segurança jurídica à Administração Pública Estadual, e aos seus procuradores, na celebração de acordos e, consequentemente, na solução de conflitos. Há na lei a desburocratização para acordos relativos à assistência à saúde e à assistência social, potencializando as entregas do Poder Público à população necessitada, bem como a facilitação para acordos em que o crédito do Estado decorra de política relativa à agricultura ou pesca, aderindo a parcelas anuais, condizentes com a anualidade das safras agrícolas, especialmente dos pequenos agricultores.

Além disso, no mesmo Capítulo II da aludida lei são regulamentadas as hipóteses de dispensa de ajuizamento de ação e dispensa de apresentação de defesa em processos em que o ente público estadual seja parte. Nos artigos 11 a 13 da Lei, fica clara a intenção de tornar mais eficiente a prestação dos serviços jurídicos em Santa Catarina, sem haver o descuido com o patrimônio público.

No âmbito da tramitação legislativa no Parlamento Estadual, o relatório e voto conjunto ao Projeto de Lei n. 0459.0/2021, das Comissões de Constituição e Justiça, Finanças e Tributação e Trabalho, Administração e Serviço Público, deu o tom sobre o mérito da proposta legislativa que foi aprovada pela Assembleia Legislativa:

> 3.1 No que diz respeito ao mérito, à vista da Exposição de Motivos que acompanha a proposta, observa-se que o PL em evidência, em linhas gerais, ao instituir o Prodex, tem o condão de dotar o aparelho estatal de diversos instrumentos legais, com vistas à defesa dos

> direitos e interesses do Estado, de modo a aprimorar a atuação do Poder Público em juízo, transpassando da cultura da litigância à cultura da prevenção e solução de conflitos, promovendo, com isso, a desjudicialização e, por consequência, a desburocratização, o que certamente contribuirá para uma atuação judicial em melhor consonância com a missão do sistema de justiça, qual seja, a de promover a pacificação social (Santa Catarina, 2021b).

O Prodex, a par dos resultados já alcançados e que mereceriam um estudo de caso específico, tem um grande potencial institucional, sendo um dos grandes desafios para sua completa implementação a mudança cultural dos integrantes da advocacia pública catarinense e brasileira em prol da solução consensual dos conflitos. De modo sintético, é esse o programa catarinense voltado para a desjudicialização, o Prodex, uma política pública de longo prazo.

2.1 Advocacia Pública como Protagonista em Estratégias de Desjudicialização

A Advocacia Pública, prevista nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal (Brasil, 2023), composta de membros organizados em carreira e aprovados em concurso público de provas e títulos, possui a relevante função constitucional de exercer, com exclusividade, a representação judicial e extrajudicial dos entes políticos, bem como prestar consultoria e assessoramento jurídico aos órgãos do Poder Público.

De acordo com Cláudio Madureira (2016, p. 99), a atuação da Advocacia Pública e de seus membros, qualificados pelas legislações das unidades federadas, ora como procuradores, ora como advogados do Estado, desdobram sua atuação em funções típicas, a saber: a representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico e o controle interno de juridicidade da Administração Pública.

Na representação judicial, também chamada de contencioso judicial, a atuação dos advogados públicos se dá na condição de presentantes do Poder Público nos processos judiciais; a eles incumbe defender o ponto de vista da Administração Pública, zelando pelo

reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da legalidade de seus atos e, também, pela defesa dos atos administrativos e das políticas públicas em execução ou em planejamento. O mesmo raciocínio se estende à representação extrajudicial, na qual a Advocacia Pública representa diferentes órgãos, notadamente o Poder Executivo, perante órgãos de controle ou na interação com outros entes políticos federativos.

A consultoria e o assessoramento jurídico, a seu turno, constituem espécies que compõem um gênero denominado orientação jurídica. A consultoria jurídica "[...] destina-se à orientação dos agentes estatais sobre como deve se dar a aplicação do direito" (Madureira, 2016, p. 100). Nessa atividade, os advogados públicos "[...] são chamados a se manifestar em processos administrativos instaurados para a prática de atos cuja confecção dependa de prévia análise jurídica" (Madureira, 2016, p. 101).

De acordo com Cláudio Grande Júnior (2009, p. 64), a consultoria é "[...] exercida com larga autonomia em benefício imediato da própria ordem jurídica e de toda a sociedade, pois com ampla liberdade aponta qual a melhor decisão ou o melhor caminho, em termos jurídicos a seguir". Por outro lado, o assessoramento jurídico consiste em uma "[...] função ancilar e de apoio, exercida com menor autonomia e em benefício do Estado, para operacionalizar, conforme o ordenamento jurídico, uma decisão política" (Grande Júnior, 2009, p. 64).

Também se considera atividade típica dos advogados públicos o controle interno da juridicidade do agir administrativo. "Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam, então, uma terceira atividade típica, que consiste no controle da aplicação do direito pela Administração Pública" (Madureira, 2016, p. 109). Conforme aponta Seabra Fagundes (1967, p. 108), esse controle "[...] tem por objetivos corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo [...]", bem como "[...] ensejar reparação a direitos ou interesses individuais que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência do erro ou omissão na aplicação da lei".

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Advocacia Pública "[...] contribui também para a governabilidade, para a consecução deste programa dentro dos critérios de constitucionalidade" (Munakata, 2019, p. 96). Isso se dá mediante o controle prévio dos atos administrativos

pelos advogados públicos, "[...] ao tempo em que trabalha pela viabilização dessas políticas públicas, evitando que o Estado venha a praticar os atos administrativos ilegais e inconstitucionais, que impediriam ou atrasariam sua consecução" (Munakata, 2019, p. 96).

O que se observa – e que torna ainda mais relevante essa atuação da advocacia pública – é a existência de uma "[...] inexorável comunicação entre direito e economia, segurança jurídica e otimização de resultados com recursos limitados [...]", devendo "[...] o estado normativo e a máquina estatal serem permeados pelo valor da busca da justiça social" (Munakata, 2019, p. 97). Em vista de "[...] sucessivos ciclos econômicos e das mudanças de prioridade nas infindáveis necessidades da sociedade [...]", observa-se a existência de um "[...] processo de evolução histórica do papel do Estado, hoje pautado pela eficiência, diante da limitação de recursos" (Munakata, 2019, p. 101).

Ao se traçar uma distinção entre interesse público primário e secundário, ou entre interesse público e interesse estatal, em que o primeiro consiste no interesse da coletividade (interesse público propriamente dito), enquanto o segundo corresponde ao interesse da entidade que representa o todo (isto é, o Estado *lato sensu*), observa-se que o papel da Advocacia Pública é a defesa de ambos. Se o "[...] interesse público (*stricto sensu*) e o interesse estatal devem encontrar-se imbricados para a realização de um fim comum, manifestada na vontade geral, para o fim e benefício de todos" (Guimarães, 2016, p. 73), a função dos advogados públicos é defender ambos. Isso porque

> [...] o interesse meramente estatal, sem a necessária correspondência ao interesse coletivo (vontade geral), não se justifica, tampouco exprime a extensão do significado de interesse público, motivo pelo qual não pode assim ser denominado (Guimarães, 2016, p. 72).

É nesse contexto que se pode afirmar que, entre os papéis atribuídos à Advocacia Pública, não está apenas o de defender o interesse da Administração Pública, mas engloba também a satisfação de direitos dos cidadãos que sejam reconhecidos pela ordem jurídica, estes compreendidos dentro do interesse público primário.

Nessa perspectiva, a prevenção de conflitos e a promoção do acesso à Justiça se apresentam como missões a serem desempenhadas pelo corpo de advogados do Poder Público, os quais devem ser protagonistas de estratégias de desjudicialização. Cabe a eles a relevante tarefa de planejar, estruturar e viabilizar mecanismos e instâncias institucionais de solução adequada dos conflitos e de acesso à Justiça na via administrativa; isso porque não se afigura razoável que o Poder Público, no desempenho de seu enorme plexo de atribuições constitucionais, cujo desempenho produz enorme interação e impacto social, relegue a solução de seus eventuais litígios apenas à instância judicial. Eis a razão de se promover a desjudicialização, mediante o emprego de meios administrativos adequados de prevenção e solução das controvérsias.

2.2 Desjudicialização: compreensão doutrinária atual

A desjudicialização tem sido compreendida como a criação de mecanismos de solução de litígios alternativos à submissão ao Poder Judiciário. De acordo com David Augusto Fernandes e Márcia Michele Garcia Duarte (2018, p. 29-30):

> A desjudicialização é um fenômeno social que vem se ampliando de maneira vertiginosa, com feições de grande satisfatividade e ampliação do acesso à justiça. Tal fenômeno ocorre por se mostrar essa medida menos custosa quanto ao tempo e ao valor econômico, facilitando a dissolução de pendências jurídicas e, consequentemente, minimizando a possibilidade de surgimento de linhas de embate como decorrência da demora na prestação jurisdicional.

Se historicamente se atribuiu ao Poder Judiciário o monopólio da resolução de conflitos, o que se observa, notadamente a partir do final do século XX e, mais acentuadamente, do início do século XXI, foi "[...] um claro movimento para compreender o fenômeno da litigiosidade e combater a ineficiência da exclusividade atribuída ao judiciário para a resolução dos conflitos" (Couto; Dezem, 2017, p. 293-294).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) destacam que, ao se aceitar as limitações das reformas dos tribunais regulares, passou-se à criação de alternativas, "[...] utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais". Segundo os autores, "[...] os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução de litígios fora dos tribunais" (Capeletti; Garth, 1988, p. 81).

Pode-se afirmar que esse fenômeno – da desjudicialização – parte da constatação da "[...] insuficiência da atuação do Estado-juiz no mundo contemporâneo" (Ribeiro, 2013, p. 31). De acordo com Diógenes V. Hassan Ribeiro (2013, p. 31), "[...] a sociedade exige outras possibilidades de soluções, mais eficazes". Para ele, a tarefa é lançar outro olhar sobre os conflitos, "[...] diversos do tradicional que, mediante coação, por um ato externo, por um ato estatal, impõe a solução" (Ribeiro, 2013, p. 31).

Um dos propósitos da desjudicialização é a busca pela "[...] diminuição do número de causas em juízo, oportunizando-se cada vez mais que os envolvidos nas questões jurídicas sejam protagonistas da solução das questões de direito que lhe tocam" (Fernandes; Duarte, 2018, p. 30-31). Daí por que se refere, com frequência, a conciliação, a mediação e a arbitragem como os meios mais comuns de alternativas à solução de controvérsias pela via não judicial.

Nesse contexto, "[...] a desjudicialização deve ser compreendida na ideia de 'saída da justiça' ou de 'resolução adequada do conflito'" (Couto; Dezem, 2017, p. 297). E ela não compreende

> [...] apenas métodos autocompositivos e heterocompositivos [...], mas também retirar do Poder Judiciário atos e providências que, sem uma lide propriamente dita, podem ter sua resolução relegada a terceiros – agentes públicos ou privados (Couto; Dezem, 2017, p. 297).

Os próprios Poder Judiciário e Ministério Público se mostram comprometidos com o objetivo de desjudicialização das controvérsias (Heacktheuer; Lopes Assis, 2021). Por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), eles celebraram com a Organização das Nações Unidas (ONU), em agosto de 2019, o Pacto para a Implementação dos Objetivos do Desenvolvimento

Sustentável (ODS) da Agenda 2030 no Poder Judiciário e Ministério Público. A intenção é trabalhar, com ênfase, o Objetivo 16 da Agenda, que abrange questões relativas à "paz, à justiça e à eficácia das instituições". Foi nesse contexto que foi estabelecida, entre as Metas Nacionais do Poder Judiciário para os anos de 2020 e 2021, a Meta 9, que prevê que cabe aos tribunais "Realizar ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltados aos objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030" (Brasil, 2022).

Um dos maiores "clientes" do Poder Judiciário é, inegavelmente, o Poder Público, em todas as suas esferas. Em decorrência do enorme plexo de atribuições e serviços que lhe são confiados constitucionalmente, além do extenso rol de direitos que são previstos no ordenamento jurídico em favor do cidadão, a Administração Pública

> [...] participa, por seus órgãos e entes personalizados descentralizados, de inúmeras relações jurídicas e, eventualmente, surgem conflitos, ocupando, em consequência, o Estado, um dos polos do litígio (Almeida Neto, 2020, p. 86).

Em razão disso, "[...] o que se espera desses modos alternativos é que eles sejam capazes de melhorar a relação entre cidadão e Estado, e que, assim, seja diminuída a litigiosidade na esfera pública" (Davi, 2014, p. 123). A tarefa não é singela;

> [...] o cidadão foi banido há tempos de uma relação próxima e amigável com a Administração Pública. O guichê representa a zona limite dessa relação fria e distante entre entes públicos e privados em quase todas as relações jurídicas que travam (Davi, 2014, p. 123).

Disso decorre a necessidade de se "[...] reconstruir uma relação a partir de novas bases" (Davi, 2014, p. 123).

A se considerar especificamente a desjudicialização como forma de resolução de litígios que envolvem a Administração Pública, especialmente na relação com os particulares, algumas peculiaridades merecem ser consideradas e destacadas.

A primeira diz respeito à importância de se reconstruir a imagem do Poder Público como efetivador de direitos fundamentais, e não

como um ente litigante insensível à necessidade de reconhecimento de tais direitos. A enorme taxa de litigância da Administração Pública no Brasil, associada com a morosidade do Poder Judiciário, esta última decorrente da alta taxa de congestionamento de demandas judiciais, contribui para uma percepção negativa em relação à capacidade do Poder Público satisfazer direitos, mesmo quando inequivocamente sejam devidos de acordo com o ordenamento jurídico.

Nessa linha, a desjudicialização, como política pública, contribui para o desfazimento dessa percepção social muito negativa que pesa sobre a Administração Pública em geral, que por muito tempo adotou, em relação a seus litígios, uma postura passiva de contestação irrefletida em face das pretensões apresentadas judicialmente.

A implementação de meios adequados e alternativos de solução das controvérsias, nesse contexto, exige uma mudança de cultura da Administração Pública em geral, e da Advocacia Pública em particular, pois pressupõe reconhecer direitos e privilegiar o interesse público primário em contraposição com o interesse meramente patrimonial dos entes estatais.

Por outro lado, a estratégia de desjudicialização, a ser adotada como política pública estatal, também está associada com a eficiência e com a economicidade. Considerado o enorme custo, para a Administração Pública, decorrente do patrocínio de milhares de processos judiciais, além das repercussões econômicas decorrentes de pesadas e reiteradas condenações, notadamente em litígios de massa com jurisprudência já consolidada, afigura-se amplamente recomendável a instituição de mecanismos alternativos, simplificados e não judiciais, de satisfação desses direitos, antes que eles sejam submetidos à apreciação judicial.

É de se ressaltar que a criação desses mecanismos, em se tratando da Administração Pública, não é tarefa trivial. Em razão dos princípios que orientam a Administração Pública, a previsão normativa de condições, limites e parâmetros para a celebração de acordos deve

> [...] garantir a impessoalidade dos atos administrativos e, em certo grau, a imparcialidade, mediante "tomada de decisões desinteressadas, isentas e objetivamente orientadas", vedando-se a disparidade de tratamento para situações análogas (Almeida Neto, 2020, p. 91).

Além disso, esses mecanismos de resolução das controvérsias devem ser céleres e eficientes. Do contrário, se tais mecanismos não forem capazes de fornecer respostas efetivas e ágeis ao cidadão, eles se tornarão inócuos, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, assegurada no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (Brasil, 2023). Em suma, ou eles se constituem em modos eficazes e eficientes de resolução dos litígios, ou o cidadão continuará a recorrer ao Poder Judiciário como primeira opção.

3 Sustentabilidade na Administração Pública

O interesse científico em concatenar Sustentabilidade com a atuação da Administração Pública sob a lógica da desjudicialização permite avaliar se essas categorias possuem relação e se, ao representarem um vínculo científico, podem constituir um novo padrão de atuação do Poder Público na solução de conflitos.

O debate sobre o que se entende hoje por sustentabilidade se iniciou no século passado, notadamente na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, no ano de 1972, estendendo-se até o século XXI. O centro das discussões era construir aparatos sociais, econômicos, tecnológicos e, também, jurídicos que sejam indispensáveis à sobrevivência humana e ao desenvolvimento perene.

Em 1987, o relatório de Brundtland trouxe o conceito nos seguintes termos: "[...] o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades" (Brundtland, 1991, p. 46). O compromisso intergeracional é incorporado às discussões relativas ao desenvolvimento sustentável. Já na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1992, a expressão desenvolvimento sustentável começou a se tornar popular.

Um conceito integral de sustentabilidade somente surge em 2002, na Rio+10, realizada em Johanesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica

como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla. Bodnar e Cruz (2012, p. 110) comentam o conceito agregado oriundo de 2002:

> Dessa forma, só a partir de 2002 é que passa a ser adequado utilizar a expressão "sustentabilidade", ao invés de desenvolvimento com o qualificativo "sustentável". Isso porque a partir deste ano consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor.

Do ponto de vista político, a sustentabilidade é representada pela capacidade de a sociedade se organizar por si própria. Nessa perspectiva, na linha de Juarez Freitas (2012, p. 41), o princípio da sustentabilidade é visto como aquele:

> [...] que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

A propósito, nesse Estado, em lugar da gestão plena de projetos casuísticos e do imediatismo fragmentário explorador do consumo compulsivo, surge o Direito integrado das políticas de Estado, apto a reconhecer a titularidade de direitos fundamentais de gerações futuras e a praticar uma ponderação de riscos, custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos, seja na formulação, seja na implementação das políticas constitucionalizadas. Segundo Juarez Freitas (2012), o caminho da sustentabilidade como novo paradigma do século XXI se traduz em escolha inevitável à sobrevivência e representa a maturidade da espécie humana ao enfrentar a questão:

> A sustentabilidade, bem concebida, é prova robusta do florescimento da consciência, entendida como condição processual do ser que, por meio da mente e dos sentidos, reconhece a si próprio, na natureza, tanto pelo autoconhecimento como pelo heteroconhecimento. Por sua vez, a insaciabilidade predatória surge como geradora de sofrimento inútil, de falso progresso e de cumulativos desequilíbrios que caminham para a extinção da espécie humana (Freitas, 2012, p.77-78).

Percebe-se que, originalmente, a sustentabilidade nasce de um projeto de cunho exclusivamente ambiental, no sentido de garantir o uso racional dos recursos naturais para as presentes gerações sem impedir seu usufruto pelas gerações futuras.

Todavia, o desenvolvimento conceitual traz à tona uma sustentabilidade multidimensional. As dimensões, além da ecológica, são a econômica; a social; a cultural; a político-jurídica; e a tecnológica (Ferrer; Glasenapp, 2014, p. 1.456).

A sustentabilidade como dimensão jurídico-política acarreta em uma responsabilidade dos atores jurídicos e políticos na construção de arranjos institucionais propícios à consolidação dos direitos constitucionalmente previstos, permitindo a legitimação em um contexto democrático.

A sustentabilidade como paradigma do direito, evidenciando suas múltiplas dimensões, influencia a Administração Pública. Esta é direcionada pelo fator jurídico, ou melhor, pelo controle do poder político pelo Direito. Na visão de Freitas (2012, p. 84-85), o paradigma da sustentabilidade se irradia na atividade administrativa:

> É, em outro modo de dizer, o novo paradigma da transparência em tempo real, da racionalização máxima dos procedimentos (públicos e privados) e do uso inovador da tecnologia da informação em rede (sem cair na "webcracia"), de molde a conferir chances inéditas à democracia participativa. É o paradigma da motivação, isto é, da explicitação dos fundamentos de fato e de direito na tomada das decisões, em contraposição à discricionariedade sem controle. É o paradigma dos "novos" princípios constitucionais, tais como prevenção,

> precaução, eficiência, eficácia e justiça intergeracional. É o paradigma da superação do Direito de tipo predominantemente repressivo, com a resolução dos conflitos, em tempo útil.

A Administração Pública como organismo de efetivação da função administrativa do Estado possui um sério compromisso intergeracional, pois toda função estatal tem perspectiva de perenidade. Além do que é no exercício da função administrativa que o Estado efetiva, em sua maioria, direitos fundamentais.

Uma Administração Pública sustentável se verifica sob duas plataformas. A primeira é interna, formal, o modo como a Administração se organiza e se reproduz. A segunda, por sua vez, é externa, material, os compromissos intergeracionais da Administração Pública previstos na CRFB/88. Essas duas plataformas são complementares, pois não há razão para o Poder Público ser sustentável em sua organização, em seus processos, se não é capaz de traduzir isso em um ganho de sustentabilidade para a sociedade. O inverso também se confirma, pois de nada adianta uma série de atuações materiais se não se respeitam direitos básicos à organização e procedimento.

Para Enterría e Fernández (2011, p. 87), a participação dos cidadãos nos processos decisórios da Administração Pública é capaz de diminuir a disfunção organizatória e burocrática, além de criar um novo consenso, uma nova legitimidade que permita superar a crise atual do poder. Desse modo, a ideologia participativa significa um contraponto ao desenvolvimento dos sistemas burocráticos (Enterría e Fernández, 2011, p. 87).

Nesse sentido, para Enterría e Fernández (2011), no contexto socioeconômico e jurídico-político em que nos movemos, sem uma associação efetiva dos cidadãos ao processo de produção de decisões, que seja capaz de despertar sua confiança e de assegurar sua adesão não é possível suprir o déficit de legitimação que resulta da dificuldade de predeterminar normativamente o modo pelo qual a Administração deve cumprir as tarefas de regulação, configuração e controle social que reclama o conceito de Estado social de direito. Além disso, não é possível assegurar a eficácia de qualquer política pública, especialmente nos setores econômicos e sociais, em que a Administração necessita

da colaboração dos administrados para alcançar os objetivos que considera socialmente desejáveis (Enterría e Fernández, 2011, p. 461).

Pierre Rosanvallon (2010, p. 233), por sua vez, alerta para o desejo dos cidadãos de serem escutados, tomados em consideração seus pontos de vista, enfim, cada um requer que se leve em conta a especificidade de sua situação e não que esta esteja submetida à aplicação mecânica de uma regra abstrata. A palavra definidora dessa exigência seria proximidade.

Uma Administração Pública ancorada na Sustentabilidade necessariamente busca solucionar os problemas sociais, bem como os conflitos causados pelo próprio Poder Público. O compromisso intergeracional da atividade estatal é nota distintiva da atuação do Poder Público no atual cenário jurídico-político, garantindo a plena participação dos cidadãos e a realização dos direitos fundamentais.

4 Prodex como Instrumento de Sustentabilidade

O Prodex tem como objetivo central constituir a advocacia pública do século XXI, aprimorando a atuação do Poder Público em juízo de uma cultura da litigância para uma cultura da prevenção e solução de litígios. Trata-se, como já pontuado, de uma política pública de longo prazo, definidora da atuação legítima do Poder Público, entregando direitos fundamentais à Sociedade atual e futura.

A Sustentabilidade na sua dimensão jurídico-política, quando exige arranjos institucionais com compromisso de longo prazo, aproxima-se dos objetivos do Prodex.

Nesse ponto se confere relevo ao incisos I e IV do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 18.302, de 2021, que traz os objetivos de promover a desjudicialização e a adoção de medidas para a composição administrativa de litígios no âmbito da Administração Pública Estadual, com vistas à resolução de conflitos e pacificação social e institucional, bem como de fomentar a cultura de uma administração pública consensual, participativa e transparente, buscando soluções negociadas que logrem resolver os conflitos e as disputas.

Vê-se o objetivo de solucionar conflitos, de pacificar a Sociedade na sua relação com o Poder Público, além de trazer como diretriz a necessidade premente de mudança cultural da Administração Pública, logrando ser consensual, participativa e transparente.

Tais premissas tornam o Prodex um instrumento potente da Sustentabilidade na sua dimensão jurídico-política, pois não visa a resolver de modo pontual processos administrativos ou judiciais, mas a levar a uma outra dimensão cultural a tarefa da Administração Pública de cumprir os objetivos mais relevantes do Estado Democrático de Direito, insculpidos na Constituição de 1988.

A legislação catarinense, para além de ser um instrumento de Sustentabilidade jurídico-política, tem o potencial de nortear a produção legislativa de outras unidades federativas, especialmente de Municípios, que também possuem um alto volume de judicialização.

E o fato de o Prodex estar sob a égide de uma instituição de Estado, a PGE, cuja carreira de Procurador do Estado decorre diretamente do texto constitucional, é garantia de Sustentabilidade dessa política pública de longo prazo.

5 Considerações Finais

No presente artigo, analisou-se a recente Lei n. 18.302, de 2021, do Estado de Santa Catarina, que instituiu o Programa de Incentivo à Desjudicialização e ao Êxito Processual (PRODEX) e sua relação com as categorias Desjudicialização e Sustentabilidade.

Na parte inicial, a título de breves notas sobre o Programa catarinense de Desjudicialização, descreveu-se os principais dispositivos legais e a motivação que conduziu à edição da aludida lei estadual. Foram apresentados os princípios que informam o Programa e os instrumentos que o compõem, bem como destacado o conjunto de normas que viabilizam a realização de acordos judiciais e administrativos pelo órgão de advocacia pública estadual.

Em seguida, houve uma análise do papel da Advocacia Pública como protagonista em estratégias de judicialização. A partir do delineamento das atribuições constitucionais da Advocacia Pública, que se

desdobra nas tarefas de representação judicial e de consultoria jurídica da Administração Pública, destacou-se a importância da orientação jurídica sobre a prevenção e resolução de litígios. Destacou-se que cabe aos advogados públicos, como corpo de advogados do Poder Público, planejar, estruturar e viabilizar mecanismos e instâncias institucionais de solução adequada dos conflitos e de acesso à justiça na via administrativa.

Adiante, o exame passou pela compreensão doutrinária da Desjudicialização. Destacou-se a existência de um movimento de superação da ideia de monopólio do Poder Judiciário como instância de resolução de controvérsias, mediante o surgimento de outros mecanismos, mais ágeis e menos formais, capazes de resolver os litígios. Apontou-se a importância desses mecanismos para a solução dos litígios de massa que envolvem a Administração Pública, a qual não pode descurar na necessária observância da impessoalidade e da isonomia na implementação de soluções administrativas de controvérsias.

Por fim, concatenou-se a noção de Sustentabilidade, em sua dimensão jurídico-política, com a atuação da Administração Pública sob a lógica da Desjudicialização. A Sustentabilidade, como paradigma do direito, é apresentada como pressuposto para a atuação do Poder Público na solução de controvérsias com o cidadão mediante instrumentos de Desjudicialização, indispensáveis para garantir segurança jurídica e legitimidade social na sua atuação.

Nesse contexto, em conclusão, o Prodex foi apresentado como um aprimoramento da atuação da Administração Pública em juízo e fora dele, promotor de uma cultura de prevenção e solução adequada de litígios. Ele constitui uma política pública de longo prazo, definidora da atuação legítima do Poder Público, entregando direitos fundamentais à Sociedade atual e futura.

Assim, considera-se que, nos estreitos limites do presente estudo, foi possível problematizar aspectos relevantes do Prodex, destacando-se parâmetros relevantes a ser considerados na análise jurídica nos seus processos de implementação e aprimoramento. A Advocacia Pública, como órgão de Estado, tem compromisso com a presente e as futuras gerações, devendo contribuir, como protagonista, para o planejamento,

instituição e implementação dos mecanismos de Desjudicialização necessários para a satisfação de direitos fundamentais do cidadão.

Referências

ALMEIDA NETO, Osvaldo. Meios alternativos de solução de conflitos e a Administração Pública Federal: o papel do Procurador Federal como mediador e conciliador *sui generis*. *In*: FERREIRA, Kaline; OLIVEIRA, Teresa Cristina; ALMEIDA NETO, Osvaldo (coord.). **Sistema Multiportas de Resolução de Litígios na Administração Pública**: Autocomposição e Arbitragem. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 79-98.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Paginas/default.aspx. p. 110. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022**. 15. ed. 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/justica-em-numeros-2022.pdf. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 12 jun. 2023.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso futuro comum**: comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

COUTO, Mônica Bonetti; DEZEM, Renata Mota Maciel. Desjudicialização, Judiciário e acesso à Justiça: dilemas, crise e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 293-310, jul.-set. 2017.

DAVI, Kaline Ferreira. Magistratura de influência – Uma alternativa ao contencioso administrativo tradicional. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, [*s.l.*], ano 12, n. 45, p. 123-135, abr.-jun. 2014.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, TomásRamón. **Curso de Derecho Administrativo II.** 12. ed. Cizur Menor (Navarra) Espanha: Editorial Aranzadi, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERNANDES, David Augusto; DUARTE, Márcia Michele Garcia. Desjudicialização: hipóteses possíveis e a busca por fundamentos para sua ampliação. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 26, n. 202, p. 29-47, jan.-mar. 2018.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, [*s.l.*], v. 19, n. 4, edição especial, p. 1.433-1.464, 2014. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 12 jun. 2016.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-86.

GUIMARÃES, Gustavo de Queiroz. A tutela do interesse público em juízo pelos Procuradores do Estado: missão constitucional e vocação institucional. **Revista Brasileira de Advocacia Pública**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2. p. 71-91, jan.-jun. 2016.

HEACKTHEUER, Pedro Abib; LOPES ASSIS, Ana Cláudia Miranda. A desjudicialização da execução civil: uma tendência universal a ser seguida pelo Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 12 jun. 2023.

MADUREIRA, Cláudio. **Advocacia Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

MUNAKATA, Flávio Mitsuyoshi. **Advocacia Pública Contemporânea**: Desafios da Defesa do Estado. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, [*s.l.*], ano 50, n. 199, p. 25-33, jul.-set. 2013.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática – imparcialidad, reflexividad y proximidad**. 1. ed. Madrid: Espasa Libros, 2010.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. **Exposição de Motivos Projeto de Lei n. 0459.0/2021**. Florianópolis: Alesc, 2021a. Projeto Original (Coordenadoria de Expediente). p. 3-7. Disponível em: http://visualizador.alesc.sc.gov.br/VisualizadorDocumentos/paginas/visualizadorDocumentos.jsf?token=ccaef7a7f627a5684fc321114048fdae67e637f16e43dadb4b4a0b64e8fde7fb422e20fea73b63b3e9b7b23b86880ff2. Acesso em: 12 jun. 2023.

SANTA CATARINA. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. **Relatório e Voto Conjunto ao Projeto de Lei n. 0459.0/2021**. Florianópolis: Alesc, 2021b. Anexos dos Pareceres (Gabinete Dep. Volnei Weber). p. 10. Disponível em:http://visualizador.alesc.sc.gov.br/VisualizadorDocumentos/paginas/visualizadorDocumentos.jsf?token=ccaef7a7f627a5684fc321114048fdae67e637f16e43dadb4b4a0b64e8fde7fb422e20fea73b63b3e9b7b23b86880ff2. 16. Acesso em: 12 jun. 2023.

SANTA CATARINA. **Lei n. 18.302, de 23 de dezembro de 2021**. Florianópolis, 2021c. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2021/18302_2021_lei.html. Acesso em 12 jun. 2023.

SANTA CATARINA. **Decreto n. 2.241, de 31 de outubro de 2022**. Florianópolis, 2022a. Disponível em: http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2022/002241-005-0-2022-002.htm. Acesso em: 12 jun. 2023.

SANTA CATARINA. Procuradoria-Geral do Estado. Conselho Superior. **Resolução n. 01/2022, de 2 de fevereiro de 2022**. Florianópolis, 2022b. Disponível em www.pge.sc.gov.br. Acesso em: 12 jun. 2023.

SANTA CATARINA. Procuradoria-Geral do Estado. Conselho Superior. **Resolução n. 4/2022.** Florianópolis, 2022c. Disponível em https://www.pge.sc.gov.br/wp-content/uploads/2022/07/Resolucao-Consup-4-2022.pdf. Acesso em: 12 jun. 2023.

SANTA CATARINA. Procuradoria-Geral do Estado. **Portaria PGE/GAB n. 133, de 27 de outubro de 2022**. Florianópolis, 2022d. Disponível em www.pge.sc.gov.br. Acesso em: 12 jun. 2022.

Alisson de Bom de Souza

Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Máster Universitario em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha. Especialista em Direito Público pela Univali-Esmafesc e Especialista em Direito Constitucional pela Unisul-LFG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Estado de Santa Catarina. *E-mail*: alisson@pge.sc.gov.br.

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

Sérgio Laguna Pereira

Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Máster Universitario em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha. Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdades Integradas e Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Procurador do Estado de Santa Catarina.

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

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

Recebido em: 15/06/2023

Aceito em: 07/08/2023

Como referenciar este artigo

SOUZA, Alisson de Bom de; PEREIRA, Sérgio Laguna. Desjudicialização e Sustentabilidade: análise do Programa de Incentivo à Desjudicialização e ao Êxito Processual (PRODEX) do Estado de Santa Catarina. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 163-186, dezembro de 2023.

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

Do Aspecto Psicológico da Obsolescência que Leva ao Hiperconsumo de Produtos da Indústria Têxtil: o descarte irregular de roupas e resíduos da produção e a formação de "lixões" em países em desenvolvimento

André Doumid Borges[1]
José Hamilton Rujanoski[1]
[1]Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo analisou os efeitos da produção excessiva de itens da indústria da moda e a inadequada destinação do excesso de produção pelos países desenvolvidos. Aspectos como a sociedade de consumo e a obsolescência psicológica, que fazem com que os consumidores renovem seus itens de vestuário pelo menos uma vez por ano, acarretam uma trágica formação de lixões em países em desenvolvimento, ocasionando graves consequências, tanto na esfera ambiental quanto na social nestes países e também do planeta. A compreensão de como esse processo se dá e do quanto se faz necessária a adoção de medidas que mitiguem o dano causado por parte dos países "exportadores" desses resíduos é o propósito deste trabalho acadêmico.

Palavras-chave: Sustentabilidade; Obsolescência; Descarte irregular.

The Psychological Aspect of Obsolescence Leading to the Hyperconsumption of Textile Industry Products: the irregular disposal of clothes and production waste and the formation of "landscape" in developing countries

Abstract

This article aims to analyze the effects of excessive production of items in the fashion industry and the inadequate destination of excess production by developed countries. Aspects such as consumer society and psychological obsolescence, which makes consumers renew their clothing items at least once a year, lead to a tragic formation of dumping grounds in developing countries, causing serious consequences both in the environmental and social spheres of these countries and also of the planet. The purpose of this academic work is to understand how this process takes place and how necessary it is to adopt measures to mitigate the damage caused by countries that "export" these wastes.

Keywords*: Sustainability; Obsolescence; Irregular disposal.*

1 Introdução

O presente artigo tem como objeto relacionar o aspecto psicológico da obsolescência que leva ao hiperconsumo de produtos da indústria têxtil com o descarte irregular de roupas e de resíduos da produção e a formação de "lixões" em países em desenvolvimento. Nessa linha de estudo, tratou-se da problemática da obsolescência na sociedade de consumo, frente ao conceito de sustentabilidade. Partindo do exame das dimensões ambiental, econômica e social da sustentabilidade, traçou-se um panorama da atual sociedade de consumo e das consequências negativas que o consumismo pode causar ao meio ambiente, agravadas pela estratégia da obsolescência, em suas modalidades, com enfoque na obsolescência psicológica.

Pretende-se trazer uma reflexão sobre a necessidade de uma profunda mudança comportamental nos hábitos de consumo, no escopo de mitigar os efeitos negativos causados ao meio ambiente, notadamente no que se refere à obsolescência, principalmente em sua modalidade perceptiva ou psicológica, na qual ocorre a desvalorização prematura de um produto ou serviço sob o ponto de vista exclusivamente emocional.

Para tanto, o artigo está dividido em seções. Na primeira, trata-se do conceito de sustentabilidade, sua evolução histórica e suas dimensões, ambiental, econômica e social.

Na segunda, examina-se a sociedade de consumo e seus os efeitos negativos, notadamente as patologias e as compulsões dele decorrentes, o endividamento e a degradação do meio ambiente.

Na sequência, faz-se uma análise da obsolescência, com enfoque na modalidade psicológica ou perceptiva.

Na quarta seção, discute-se os efeitos negativos da obsolescência psicológica, relacionada diretamente ao hiperconsumo de produtos da indústria têxtil, com o descarte irregular de roupas e de resíduos de produção e a formação de "lixões" em países em desenvolvimento.

Esta pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados do artigo, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a temática da obsolescência na sociedade de consumo, com especial enfoque na

situação da indústria têxtil e da moda, em contraponto à necessidade de um consumo consciente, responsável e sustentável.

2 Sustentabilidade

Nada obstante a conceituação de sustentabilidade tenha surgido aproximadamente 600 anos antes do século XX (Bosselmann, 2015, p. 30-31), foi somente a partir da década de 1960 do século XX que começaram a ser discutidos mundialmente temas relacionados ao Direito Ambiental.

O ápice de tais discussões ocorreu na primeira conferência mundial sobre meio ambiente ocorrida em 1972 em Estocolmo, a partir da qual se multiplicaram as legislações ambientais e sua constitucionalização começou a ser elaborada em diversos países. Essa seria a "primeira onda" na concepção de Real Ferrer (2011, p. 472-505) de estabelecimento de discussões, politização, legalização, constitucionalização e consolidação de questões ambientais.

Heloise Siqueira Garcia e Denise Schmitt Siqueira Garcia (2016, p. 149-150) apontam ainda duas outras "ondas" de estabelecimento de discussões, politização, legalização, constitucionalização e consolidação de questões ambientais:

> A "segunda onda" se desenvolveu com a segunda conferência mundial sobre meio ambiente ocorrida em 1992, sediada na cidade do Rio de Janeiro, onde começou a haver articulações de movimentos com surgimento de organizações não governamentais (ONGs) e o aumento do número de novos agentes sociais implicados com a proteção ambiental, ademais, todos os países participantes passaram a se dotar de abundante e moderna legislação ambiental, dando lugar a uma onda de normas e possibilitando o surgimento do que Real Ferrer chamou da "geração da fotocópia". O grande destaque que se pode dar foram as discussões surgidas acerca das dimensões da sustentabilidade.
>
> A "terceira onda" surgiu com a Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente de 2002, ocorrida em Johannesburg, também conhecida como Rio +10, essa sim com um

> enfoque muito forte no desenvolvimento sustentável. Sendo que foi nessa conferência que finalmente houve a integração das três dimensões da sustentabilidade mais doutrinariamente consideradas: a ambiental, a social e a econômica.

Foi na referida Rio+10, realizada em Johannesburgo, em 2002, que o conceito de sustentabilidade foi pensado a partir de um olhar multidimensional e constou em documentos oficiais, quando restaram reunidas, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla para as presentes e futuras gerações (Souza; Armada, 2017, p. 26).

Segundo ensinam Bodnar e Freitas (2016, p. 59-70),

> É a partir de 2002 que passa a ser adequado utilizar a expressão "sustentabilidade" ao invés de desenvolvimento com o qualificativo "sustentável". Isso porque, a partir deste ano, consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social, espacial e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria.

Com relação à palavra sustentabilidade, a despeito de possuir alta polissemia e inúmeras conotações, esta "[...] decorre do conceito de sustentação, o qual, por sua vez, é aparentado à manutenção, conservação, permanência, continuidade e assim por diante" (Garcia, 2014, p. 99).

Garcia (2014, p. 99) leciona:

> Pode-se conceituar sustentabilidade como sendo o conjunto de normas e preceitos mediante os quais se desenvolvem e garantem os direitos fundamentais, e, por outra, os valores que sustentam a liberdade, a justiça, e a igualdade, que se converteram em princípios universais de direito e que inspiram o ordenamento jurídico das nações mais civilizadas da comunidade internacional.

Sustentabilidade, segundo Garcia (2014, p. 14), pode ser entendida, portanto, como a

> [...] vontade de articular uma nova sociedade capaz de se perpetuar no tempo com condições dignas. A deterioração material do planeta é insustentável, mas a pobreza também é insustentável, a exclusão social também é insustentável, assim como a injustiça, a opressão, a escravidão e a dominação cultural e econômica. A Sustentabilidade compreende não somente na relação entre econômico e ambiental, mas do equilíbrio humano frente às demais problemáticas.

John Elkington (2012 *apud* Souza e Armada, 2017, p. 26-27) esclarece que

> A sustentabilidade representa uma mudança fundamental de paradigma, repensando os valores humanos, as visões políticas e as 'regras do jogo' sociais por meio da: eficiência econômica voltada à igualdade social, dos direitos individuais para obrigações coletivas, do individualismo para comunidade, da quantidade para a qualidade, da separação para a interdependência, da exclusão para a igualdade de oportunidade, do homem para a mulher, do luxo para a necessidade, da repressão para a liberdade, do hoje para o amanhã e do crescimento que beneficia poucos para um desenvolvimento humano que beneficie a todos.

Traçado o conceito de sustentabilidade, importante mencionar que a sustentabilidade comporta algumas dimensões denominadas pela doutrina.

Na Conferência de Joanesburgo, em 2002, restaram estabelecidas as três dimensões da sustentabilidade, sendo elas: ambiental, econômica e social. Apesar de não haver consenso no que se refere à quantidade de dimensões da sustentabilidade, ainda predomina o consenso pela tripla dimensão.

De forma sintética, é possível estabelecer que a *dimensão ambiental* do Princípio da Sustentabilidade diz respeito à importância da proteção do meio ambiente e do Direito Ambiental, tendo como finalidade

precípua garantir a sobrevivência do planeta por meio da preservação e da melhora dos elementos físicos e químicos que a fazem possível, considerando sempre o alcance da melhor qualidade de vida do homem na terra (Garcia, 2014, p. 44).

Já a *dimensão econômica* foca no desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida para as pessoas. Essa dimensão passou a ser considerada no contexto da sustentabilidade por dois motivos: 1) não haveria a possibilidade de retroceder nas conquistas econômicas de desenvolvimento alcançadas pela sociedade mundial; e 2) o desenvolvimento econômico estaria interligado com a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade, pois ele é necessário para a diminuição da pobreza alarmante (Garcia, 2014, p. 44).

Por sua vez, a *dimensão social* consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos, sendo também conhecida como capital humano. Essa dimensão está baseada num processo de melhoria na qualidade de vida da sociedade por meio da redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria com o nivelamento do padrão de renda e o acesso à educação, à moradia e à alimentação. Estando, então, intimamente ligada à garantia dos Direitos Sociais, previstos no artigo 6º da Carta Política Nacional, e da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil (Garcia, 2014, p. 44-45).

3 Da Sociedade de Consumo

O consumo é um tema de extrema relevância e de umbilicalmente relacionado à questão da sustentabilidade. Nas últimas décadas, o crescimento econômico, a expansão da atividade industrial e as modernas tecnologias proporcionaram um considerável incremento no nível de bem-estar e de conforto na vida das pessoas, acarretando, consequentemente, um aumento no consumo de bens e serviços.

As políticas públicas no campo da economia, adotadas a partir da década de 1930, levaram os países a promover o crescimento do consumo, o que significou a reativação da economia graças ao incremento

da oferta e da demanda, ao desenvolvimento industrial e à geração de postos de empregos.

Entretanto, esse modelo trouxe consigo consequências para as pessoas e seus estilos de vida, criando uma sociedade consumista, na qual ter e comprar determinam uma posição dentro do grupo social.

Cumpre ressaltar, doutra parte, que a sociedade de consumo só é possível em uma economia que produz bens e serviços em larga escala. Assim, as políticas de crescimento estimulam a demanda por produtos e os consumidores são o motor da economia. Entende-se que a economia de um país cresce quando seu consumo e produção aumentam, uma vez que ambos os aspectos são interdependentes.

Nesse contexto, instala-se um círculo vicioso no seio da estrutura social: é necessário produzir mais para poder gerar mais empregos; e, para absorver essa produção, é preciso consumir mais; no entanto, para haver mais consumo, é imprescindível gerar mais empregos, produzindo ainda mais mercadorias.

É importante ficar assente que o consumo de produtos e serviços é uma atividade presente em todas as sociedades e em todas as épocas, mas foi ao longo do século XX o período que reconhecidamente se tem o advento da sociedade de consumo, atingindo o ápice nos dias atuais.

Para o sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2007, p. 32), o ser humano sempre consumiu, mas recentemente essa atividade tornou-se o eixo de sua vida e sua razão de ser. Hoje não se consome apenas para satisfazer as necessidades básicas, mas para alcançar uma identificação e ser aceito por um grupo social, ou para preencher lacunas emocionais, ou mesmo para ostentar um determinado *status* na sociedade. Para Bauman (2007), a sociedade de consumo se distingue por um aumento permanente na intensidade e no volume dos desejos, gerando uma produção de bens que saem com um prazo de validade cada vez mais exíguo, gerando uma instabilidade nos desejos e a insaciabilidade das necessidades de curto prazo. É provável que um item acabe na lixeira antes de ter dado alguma satisfação a quem o queria. Em outras palavras, a vida acelerada que caracteriza o consumismo baseia-se na necessidade de alcançar as oportunidades que se apresentam no momento e que também estão sujeitas a desaparecer instantaneamente, ou seja, não se trata de adquirir e acumular, mas de eliminar e substituir.

> Para atender a todas essas novas necessidades, impulsos, compulsões e vícios, assim como oferecer novos mecanismos de motivação, orientação e monitoramento da conduta humana, a economia consumista tem de se basear no excesso e no desperdício. A possibilidade de conter e assimilar a massa de inovações que se expande de modo incessante está ficando cada vez mais reduzida – talvez até nebulosa. Isso porque, para manter em curso a economia consumista, o ritmo de aumento do já enorme volume de novidades tende a ultrapassar qualquer meta estabelecida de acordo com a demanda já registrada (Bauman, 2007, p. 32).

Importante, neste momento, distinguir consumo de consumismo. O consumo, indispensável para movimentar a economia capitalista, constitui atividade salutar, inerente à existência humana, desde que praticado de forma consciente, responsável e sustentável. O consumismo, por seu turno, embora visto como um aparente estímulo à felicidade, é capaz de provocar patologias crônicas, vez que essa sensação de felicidade é efêmera.

Baudrillard (1995, p. 47) assevera que a lógica do consumo desmedido reside na propensão natural do ser humano para a felicidade:

> [...] a felicidade constitui a referência absoluta da sociedade de consumo, revelando como o equivalente autêntico da salvação. Mas, que felicidade é esta, que assedia com tanta força ideológica a civilização moderna? A seu respeito, importa também rever toda a visão espontânea. A força ideológica da noção de felicidade não deriva da inclinação natural de cada indivíduo para a realizar por si mesmo. Advém-lhe, socio-historicamente, do facto de que o mito da felicidade é aquele que recolhe e encarna, nas sociedades modernas, o mito da Igualdade.

Nessa busca incessante pela felicidade, tão logo seus desejos sejam satisfeitos, o ser humano deixará de ser feliz até surgirem novos desejos. Essa montanha russa que alterna momentos de felicidade e de infelicidade pode acarretar consequências nefastas, causando, não raras vezes, graves compulsões e patologias, a exemplo do estresse e da depressão.

Outro efeito colateral do consumismo é o endividamento. O crédito fácil disponibilizado às pessoas torna-se uma armadilha da qual dificilmente se escapa. Nesse particular, preleciona Galbraith (1963, p. 171) o seguinte:

> [...] à medida que o endividamento vai subindo, graças ao sistema da criação de necessidades, as pessoas vão ficando cada vez mais sob a dependência deste sistema, pela simples razão de que reduzir o ritmo do acréscimo da dívida equivale a abrandar a procura de bens e serviços de consumo.

Além do endividamento e das patologias e compulsões, outra gravíssima consequência do consumo exagerado diz respeito ao meio ambiente. A utilização desmedida dos recursos naturais põe em risco os ecossistemas, provocando desequilíbrios muitas vezes irreversíveis.

Menosprezando a gravidade desses resultados decorrentes do consumismo, as empresas propõem dominar o mercado com a fabricação de símbolos culturais universais e com a homogeneização e internacionalização dos padrões de consumo e de produção. Procura-se unificar as necessidades criadas pelas pessoas, estabelecendo as mesmas diretrizes e os mesmos usos em todo o mundo.

Em uma economia de consumo, os produtos geralmente vêm em primeiro lugar e somente então se busca alguma utilidade para eles. Caso não despertem interesse nos consumidores, acabam no lixo. Esse fenômeno de crescimento exponencial de bens e serviços é mantido pelo crescimento de outro fenômeno: o excesso de informação produzida.

A publicidade é o instrumento central na sociedade de consumo e um grande motivador das escolhas do consumidor, pois é por meio dela que geralmente são apresentados os produtos dos quais se passa a sentir necessidade. A função da publicidade é persuadir visando a um consumo dirigido. Para aquecer as vendas, trabalha-se arduamente para convencer o consumidor da necessidade de produtos supérfluos.

Essa nova fase do capitalismo de consumo nada mais é do que a sociedade de hiperconsumo, em que o imperativo é mercantilizar todas as experiências de consumo em todo lugar, a toda hora e em qualquer idade, diversificar a oferta adaptando-se às expectativas dos compradores, reduzir os ciclos de vida dos produtos pela rapidez das

inovações, segmentar os mercados, favorecer o crédito ao consumo, assim como fidelizar o cliente por práticas comerciais diferenciadas.

Entretanto, para que esse sistema econômico subsista, é necessário que haja um aumento constante na velocidade de produção, de distribuição e de consumo de bens e serviços. Nesse contexto, torna-se necessário, para a manutenção desse modelo, estabelecer alguma medida a fim de aumentar tanto a velocidade da produção como a de consumo. A solução historicamente encontrada pelos fabricantes capitalistas foi tornar a vida útil dos produtos propositalmente menor. A essa estratégia dá-se o nome de obsolescência.

4 A Obsolescência e suas Modalidades

Uma das principais ameaças ao modelo de sustentabilidade, necessário à garantia da sobrevivência do planeta por meio da preservação e da melhora dos elementos físicos e químicos que a fazem possível, é o consumo exacerbado.

Por outro lado, como referido anteriormente, para que o sistema econômico vigente subsista, é necessário que haja um aumento constante na velocidade de produção, de distribuição e de consumo de bens e serviços.

Assim, não faltam esforços, notadamente por parte da indústria e da publicidade, para a manutenção desse modelo de consumismo exagerado. Um desses "esforços", sem dúvida, consiste em tornar a vida útil dos produtos propositalmente menor, como já mencionado.

Tornar a vida útil de determinado produto mais curta causa duplo impacto ambiental: de um lado, há a necessidade de utilização de recursos naturais para a produção e, de outro, há o impacto decorrente do descarte, em regra, irregular, do produto substituído.

Segundo Layargues (2002, p. 179-220):

> Os indivíduos são obrigados a consumir bens que se tornam obsoletos antes do tempo, já que cada vez mais se tornam funcionalmente inúteis logo após saírem das fábricas. Durning (1992) ressalta que os eletrodomésticos fabricados em 1950 eram muito mais resistentes do que

> os produzidos atualmente: eram fabricados para durar e não quebravam com facilidade; caso se quebrassem, seu conserto era economicamente viável, o que atualmente não é mais verdadeiro. Por isso, no entender de Sewell (1978), a eliminação da obsolescência planejada é a chave da minimização dos resíduos: afinal, produzir um refrigerador que funcione doze anos ao invés de oito significa ter um terço de refrigeradores a menos no lixo durante esse mesmo período de tempo.

Na mesma linha, Martins e Danieli (2014) lecionam que:

> Esse momento histórico vivido e sentido por nós todos consumidores fica muito mais evidente quando comparamos a vida útil dos bens que nossos pais ou avós adquiriam com aqueles que a nossa geração adquire hoje. Com o devido cuidado e manutenções, os bens que nossos pais e avós adquiriam tinham uma durabilidade de muitos anos e não havia nenhuma necessidade real ou incentivada para a troca desses produtos ou serviços. Hoje, vemos com absoluta clareza um movimento que vai no sentido contrário da época de nossos pais ou avós: o incentivo do mercado é a troca rápida por novos modelos e novas propostas de produtos e serviços, visando ao fomento de um consumo exacerbado e ilimitado. Esse movimento de fabricação e incentivo a uma menor vida útil dos produtos e serviços recebe o nome de obsolescência programada."

A obsolescência programada tem origem na década de 1920, conforme leciona Zanatta (2018):

> [...] as lâmpadas foram a primeira vítima da obsolescência planejada. Em 1924, foi criado um cartel mundial para controlar a produção de lâmpadas. Este cartel foi denominado Phoebus e englobava os principais fabricantes da Europa e dos Estados Unidos. O objetivo era que as pessoas comprassem lâmpadas com regularidade. As lâmpadas, que chegavam a durar 2.500 horas, passaram a ter vida útil máxima de mil horas.

A partir dos anos de 1950, notadamente nos Estados Unidos, a publicidade passou a criar estratégias de seduzir o consumidor para não só consumir, mas para possuir o último modelo de determinados produtos. Com frequência, a publicidade passou a veicular a imagem de consumidores insatisfeitos com a aparência das coisas que possuíam.

Tim Cooper (2004, p. 421-449) ensina que a obsolescência ocorre quando os produtos estão fora de uso (*out of use*) ou desatualizados (*out of date*).

Segundo Packard (1965, p. 51), são três as formas pelas quais um produto pode se tornar obsoleto: a) obsolescência de função, quando um novo produto que executa melhor determinada função torna ultrapassado um produto existente – é o caso, por exemplo, do telefone, que substituiu o telégrafo; b) obsolescência de qualidade, quando um produto é projetado para quebrar ou ser gasto em um tempo menor do que levaria normalmente; e c) obsolescência de desejabilidade ou psicológica, quando um produto que ainda funciona perfeitamente passa a ser considerado antiquado devido ao surgimento de outro estilo ou de alguma alteração que faz com que ele se torne menos desejável.

Em que pese a importância do tema, no que se refere às modalidades de obsolescência de função e de qualidade (programada), buscou-se aqui enfocar a obsolescência psicológica, por se tratar da mais perniciosa estratégia consumista, pela qual ocorre a desvalorização prematura de um produto ou serviço sob o ponto de vista exclusivamente emocional.

4.1 A Obsolescência Psicológica

A obsolescência psicológica é uma das estratégias com as quais as empresas, por meio de um bombardeio publicitário, influenciam as pessoas a renovarem ou a trocarem seus produtos, entre os quais se pode mencionar aparelhos eletrônicos, veículos, peças de vestuário, etc., mesmo quando ainda cumprem adequadamente sua função, diferentemente da obsolescência planejada/programada.

Também denominada perceptiva, percebida ou de desejabilidade, a obsolescência psicológica refere-se ao desuso causado, não pelo

desgaste técnico ou pela introdução de uma inovação real, mas pela desqualificação de produtos gerados pela publicidade e pela moda, por meio de um novo visual, *design* e até novas embalagens.

Em estudo *intitulado "Inadequate Life? Evidence of Consumer Attitudes to Product Obsolescence*", Tim Cooper (2004, p. 421-449, tradução nossa) aponta que para alguns participantes da pesquisa a aparência de um aparelho importava tanto quanto sua funcionalidade, sendo que vários revelaram que substituíram os aparelhos para evitar dar uma impressão negativa a outras pessoas, ou por razões estéticas:

> Obsolescência psicológica. Esse tipo de obsolescência, que ocorre quando as pessoas não se sentem mais atraídas por um produto ou satisfeitas por ele, foi abordada principalmente na pesquisa em grupo de discussão. Essas narrativas forneceram insights sobre as influências sobre o comportamento dos participantes, como pressão do grupo de pares, moda e marketing. As pessoas responderam de forma diferente. Assim, enquanto um participante estava preocupado que os colegas pudessem zombar se sua televisão fosse antiquada, outro disse que não comprava nada para moda e só o faria se tivesse filhos. Ficou claro durante essas discussões que, para alguns participantes, a aparência de um aparelho importava tanto quanto sua funcionalidade. Vários revelaram que trocaram eletrodomésticos para não causar uma impressão negativa a outras pessoas, ou por questões estéticas (principalmente na reforma da cozinha). Outros, ao contrário, valorizavam os eletrodomésticos principalmente como itens funcionais. Essas descobertas apontam para áreas que precisam ser abordadas para que a obsolescência relativa seja menos difundida: eletrodomésticos atualizáveis para abraçar o avanço tecnológico, reforma tributária para tornar o trabalho de reparo menos atraente e educação para dar às pessoas confiança em responder à pressão e à publicidade de grupos de pares.[1]

[1] Texto original em língua inglesa: Psychological obsolescence. This kind of obsolescence, which occurs when people are no longer attracted to a product or satisfied by it, was primarily addressed in the research in focus group discussion. These narratives Texto provided insights into influences upon participants' behaviour such as peer group pressure, fashion, and marketing. People responded differently. Thus while one participant was concerned

O objetivo dessa prática é meramente econômico, não levando em consideração as necessidades dos consumidores, as repercussões ambientais na produção, a geração de resíduos e a poluição que isso acarreta.

Essa modalidade de obsolescência é verificada, em larga escala, nos setores automobilístico, de telefonia móvel e de móveis e decoração.

Porém, como principal exemplo dessa modalidade de obsolescência, pode-se citar a indústria têxtil, que emprega a imposição de tendências que mudam constantemente. O verdadeiro propósito do vestuário, relacionado à funcionalidade das roupas, que é inequivocamente a proteção contra elementos naturais, fica totalmente relegado. A indústria da moda, por meio do uso de campanhas publicitárias de impacto, consegue conectar parte da identidade das pessoas com o consumo de determinadas peças de vestuário que se adaptam às últimas novidades e tendências. O que se verifica é uma pressão que gera a preocupação do consumidor em relação à aparência.

É inegável que a indústria da moda constitui um negócio global e complexo, que movimenta anualmente bilhões de dólares e que contribui com todos os setores envolvidos na cadeia têxtil, gerando empregos e investimentos. Contudo, apesar de gerar riquezas e empregos, não se pode olvidar das nefastas consequências desse sistema que produz produtos baratos e descartáveis e que utiliza uma infinidade de produtos químicos associados à emissão de carbono, na maioria das vezes descartados na natureza sem o manejo adequado.

Elena Salcedo (2014, p. 28-29) descreve detalhadamente os impactos causados pela indústria têxtil e de vestuário. Como impactos ambientais, a autora destaca que a indústria química é responsável

---

that colleagues might sneer if his television was outmoded, another said that he did not buy anything for fashion and would only do so if he had children. It was apparent during these discussions that for some participants the appearance of an appliance mattered as much as its functionality. Several revealed that they replaced appliances to avoid giving a negative impression to other people, or for aesthetic reasons (especially when renovating their kitchen). Others, by contrast, valued appliances primarily as functional items. These findings point to areas which need to be addressed if relative obsolescence is to be less pervasive: upgradeable appliances to embrace technological advance, tax reform to make repair work less unattractive, and education to give people confidence in responding to peer group pressure and advertising (Cooper, 2004, p. 421-449).

por 20% da contaminação das águas do planeta, bem como por 10% da emissão de gás carbônico.

O custo ambiental da indústria têxtil é altíssimo. Segundo dados da Organização da Nações Unidas (ONU), a produção de roupas – que dobrou entre 2000 e 2014 – é responsável por 20% do desperdício de água no mundo. A produção de um par de jeans consome 7.500 litros de água (Brasil de Fato, 2021).

Não bastasse o impacto ambiental, o trabalho análogo ao escravo, também chamado de escravidão contemporânea, inclusive infantil, ainda é recorrente na indústria têxtil e da moda.

Nesse mercado insano de moda rápida e descartável, o setor do vestuário está envolvido em trabalho escravo, trabalho infantil e violência contra a mulher. Somente no Brasil, um milhão de mulheres costureiras trabalha na informalidade e têm seus direitos sistematicamente violados pelas grandes marcas de roupa.

5 O Descarte Irregular dos Rejeitos da Indústria Têxtil e a Formação de "Lixões" em Países em Desenvolvimento

A indústria têxtil, no Brasil e no mundo, gera uma grande quantidade de resíduos sólidos na sua cadeia de produção, uma vez que seus produtos, na grande maioria, possuem um ciclo de vida curto: além da sujeição às alterações climáticas ordinárias decorrentes da mudança das estações, as peças seguem um padrão estético coletivo que se convencionou chamar "moda". Assim, a cada ano são produzidas pelo menos duas coleções (verão/inverno), ou mais, que, muito provavelmente, serão descartadas no ano seguinte devido à alteração no padrão estético dos consumidores.

A indústria têxtil, de olho nesse perfil de consumidor que compra e descarta com uma frequência assustadora, passou a produzir em grande escala aquilo que se denomina "*fast fashion*": a moda rápida produzida para ser usada e jogada fora em poucos meses.

A indústria do "*fast fashion*", além de ser altamente poluidora, é notoriamente reconhecida por envolver trabalho escravo, trabalho infantil e violência contra a mulher.

Há alguns anos no Brasil, veio a conhecimento público, inclusive com repercussão internacional, um esquema envolvendo grandes redes de lojas de *fast fashion* que terceirizavam a produção e contratavam oficinas que escravizavam imigrantes bolivianos, objetivado reduzir custos. Dados apontam que somente no Brasil, um milhão de mulheres costureiras trabalha na informalidade e têm seus direitos sistematicamente violados. Não bastasse a dimensão ambiental, a dimensão social da sustentabilidade também é atingida pela indústria em questão.

No que se refere à questão ambiental, objeto do presente artigo, deve-se referir que segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), a produção de roupas – que dobrou entre 2000 e 2014 – é responsável por 20% do desperdício de água no mundo. A produção de um par de jeans consome 7.500 litros de água. Fabricar roupas e assessórios gera 8% dos gases tóxicos que alteram o clima no planeta (Brasil de Fato, 2021).

Não bastasse a geração de resíduos da própria produção, a indústria produz um excedente que acaba sendo direcionado para países em desenvolvimento, a fim de ser supostamente reaproveitado pelos consumidores desses países.

Dois países têm se destacado nos noticiários internacionais por receberem toneladas de peças de roupas, usadas ou não, vindas de países da Europa, Ásia e dos Estados Unidos e não dar a elas destinação adequada: Gana, na África Ocidental, e Chile, na América do Sul.

No caso de Gana, todos os meses, aproximadamente 60 milhões de peças de roupa são recebidas em seus portos. Os produtos são considerados lixo pelas indústrias de *fast fashion* da Europa, dos Estados Unidos e da China. No país africano, os vendedores selecionam as que estão em um bom estado, com o intuito de revendê-las aos consumidores locais, mas a maioria delas está completamente danificada. Essas roupas, por sua vez, são direcionadas a grandes lixões que ficam na beira-mar. As roupas – que são, em sua maioria de poliéster – acabam sendo carregadas para o mar (Hypeness, 2021). Estudos apontam que

as malhas feitas de algodão levam 20 anos para se decompor, enquanto as de materiais sintéticos podem levar até quatro séculos.

Já no Chile, das 59 mil toneladas do lixo importado de países da Europa, Ásia e Estados Unidos todos os anos como "roupas usadas" para serem vendidas aos consumidores chilenos, algo em torno de 40 mil toneladas não é vendida – e acaba sendo direcionado a lixões a céu aberto no deserto do Atacama, em uma região chamada Alto Hospicio (Estado de Minas Internacional, 2022).

Nos primeiros dias do mês de junho de 2023, o mundo recebeu com assombro a notícia de que o lixão clandestino que se tornou o "cemitério" da moda descartável no deserto do Atacama, no Chile, cresceu tanto nos últimos anos que já é visível do espaço. O alerta é da empresa de monitoramento SkiFi, que, por meio de um satélite, detectou a "montanha gigante" dos dejetos têxteis (SkiFi, 2022).

Gana e Chile são apenas alguns exemplos de países em desenvolvimento que importam resíduos têxteis de países ricos e, além de não conseguirem dar a destinação adequada a tais rejeitos, esses dois países não são recompensados por isso. Muitos outros poderiam ser citados.

O fato é que enquanto o mundo não atentar para a necessidade de redução do hiperconsumo, para a obsolescência psicológica e a adequada destinação dos resíduos decorrentes desse hiperconsumismo, inclusive com a adoção de medidas punitivas aos países que exploram a miséria decorrente da desigualdade que eles mesmos fomentam, e que utilizam o território alheio como aterro sanitário, situações como essas continuarão a causar danos severos não só ao planeta, mas às populações em situação de vulnerabilidade.

Por fim, merece destaque a conclusão em artigo publicado pelo jornalista Marques Casara (Brasil de Fato, 2021), intitulado "*O lixão de roupas no Atacama e o colapso da civilização*":

> O hiperconsumo é violento. Tem a marca da desigualdade, da poluição, do trabalho escravo, do desmatamento, da violência contra a mulher, do trabalho infantil.
>
> No mundo consumista, a realização da felicidade se dá pelo ato do descarte: jogar as coisas fora na expectativa de que a coisa nova sobreponha a coisa velha e tape

> o vazio de uma sociedade que faz do consumo razão de existir.
>
> O problema é que a coisa nova fica velha no exato instante de sua realização como objeto de desejo. Falsa realização, na qual a mercadoria é o simulacro do gozo interrompido. O estado da arte da impotência diante do próprio ego.
>
> Para entender o consumo, basta abrir as redes sociais. Está tudo lá. Superexposição em sorrisos sinceros e verdadeiros. O colapso do signo em um mundo de relações sociais mediadas por imagens. "Toda a vida das sociedades nas quais reinam as modernas condições de produção se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação", escreveu Debord.
>
> Nesta sociedade do consumo e do espetáculo, jogam-se as mercadorias no lixo e no dia seguinte lá estamos nós, a comprar, comprar e comprar. Qualquer coisa que aplaque a frenética busca pelo santo graal do consumo, a mercadoria perfeita, o falo sagrado que finalmente nos inundará de felicidade.
>
> Consumo de mercadorias, de corpos, de saúde, de religião, de dietas, de imagens. Consumo de vidas superexpostas. O consumo como busca desenfreada por uma felicidade que nunca está onde a procuramos. O consumo em uma sociedade que se tornou a face do seu próprio desamparo.

6 Considerações Finais

A Sustentabilidade visa a garantir a vida, constituindo a vontade de construir uma nova sociedade capaz de se perpetuar no tempo com condições dignas. Não só a deterioração material do planeta, como a pobreza, a desigualdade e a dominação econômica são insustentáveis, uma vez que a Sustentabilidade compreende não somente na relação entre econômico e ambiental, mas no equilíbrio humano frente às demais problemáticas.

Tema de extrema relevância e umbilicalmente relacionado à questão da sustentabilidade é o consumo. Nas últimas décadas, o crescimento econômico, a expansão da atividade industrial e as modernas tecnologias proporcionaram um considerável incremento no nível de bem-estar e de conforto na vida das pessoas, acarretando, consequentemente, um aumento do consumo de bens e serviços.

Entretanto, esse modelo trouxe consigo consequências para as pessoas e seus estilos de vida, criando uma sociedade consumista, na qual ter e comprar determinam uma posição dentro do grupo social.

Para que esse sistema econômico subsista, é necessário que haja um aumento constante na velocidade de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Nesse contexto, torna-se necessário, para a manutenção desse modelo, estabelecer alguma medida a fim de aumentar tanto a velocidade da produção como a de consumo. A solução historicamente encontrada pelos fabricantes e publicitários, como já mencionado, foi tornar a vida útil dos produtos propositalmente menor ou ainda incutir na mente dos consumidores que o produto que possuem, a despeito de continuar funcionando, está desatualizado. A essa estratégia dá-se o nome de obsolescência.

Conclui-se, então, que a obsolescência ocorre quando os produtos estão fora de uso (*out of use*) ou desatualizados (*out of date*).

São três as formas pelas quais um produto pode se tornar obsoleto: a) obsolescência de função, quando um novo produto que executa melhor determinada função torna ultrapassado um produto existente b) obsolescência de qualidade, quando um produto é projetado para quebrar ou ser gasto em um tempo menor do que levaria normalmente; e c) obsolescência de desejabilidade ou psicológica, quando um produto que ainda funciona perfeitamente passa a ser considerado antiquado, devido ao surgimento de outro estilo ou de alguma alteração que faz com que ele se torne menos desejável.

Sobre essa última forma é que o artigo dedicou maior atenção. Com efeito, a obsolescência psicológica é uma das estratégias com as quais as empresas, por meio de um bombardeio publicitário, influenciam as pessoas a renovarem ou a trocarem seus produtos, entre os quais se pode mencionar aparelhos eletrônicos, veículos, peças de

vestuário, etc., mesmo quando ainda cumprem adequadamente sua função, diferentemente da obsolescência planejada/programada.

Como principal exemplo dessa modalidade de obsolescência, pode-se citar a indústria têxtil, que emprega a imposição de tendências que mudam constantemente. O verdadeiro propósito do vestuário, relacionado à funcionalidade das roupas, que é inequivocamente a proteção contra elementos naturais, fica totalmente relegado. A indústria da moda, por meio do uso de campanhas publicitárias de impacto, consegue conectar parte da identidade das pessoas com o consumo de determinadas peças de vestuário que se adaptam às últimas novidades e tendências.

O custo ambiental da indústria têxtil é altíssimo. Segundo dados da ONU, a produção de roupas – que dobrou entre 2000 e 2014 – é responsável por 20% do desperdício de água no mundo. A produção de um par de jeans consome 7.500 litros de água (Brasil de Fato, 2021).

Mais do que isso, a indústria têxtil, no Brasil e no mundo, gera uma grande quantidade de resíduos sólidos na sua cadeia de produção, uma vez que seus produtos, na grande maioria, possuem um ciclo de vida curto: além da sujeição às alterações climáticas ordinárias decorrentes da mudança das estações, as peças seguem um padrão estético coletivo que convencionou-se chamar "moda". Assim, a cada ano são produzidas pelo menos duas coleções (verão/inverno), ou mais, que, muito provavelmente, serão descartadas no ano seguinte devido à alteração no padrão estético dos consumidores.

Deve-se referir que segundo dados da ONU ainda, a produção de roupas – que dobrou entre 2000 e 2014 – é responsável por 20% do desperdício de água no mundo. A produção de um par de jeans consome 7.500 litros de água. Fabricar roupas e assessórios gera 8% dos gases tóxicos que alteram o clima no planeta (Brasil de Fato, 2021).

Não bastasse a geração de resíduos da própria produção, a indústria produz um excedente que acaba sendo direcionado para países em desenvolvimento, a fim de ser supostamente aproveitado pelos consumidores desses países.

O "reaproveitamento" em questão é muito pequeno diante da quantidade de itens remetidos aos países em desenvolvimento. Grande parte não é reaproveitada e é direcionada a "lixões" a céu aberto,

descartados sem quaisquer cuidados e sem obediência às normas ambientais.

Enquanto o mundo não atentar para a necessidade de redução do hiperconsumo, para a obsolescência psicológica e a adequada destinação dos resíduos decorrentes desse hiperconsumismo, inclusive com a adoção de medidas punitivas aos países que exploram a miséria decorrente da desigualdade que eles mesmos fomentam e que utilizam o território alheio como aterro sanitário, situações como essas continuarão a causar danos severos não só ao planeta, como às populações em situação de vulnerabilidade

Referências

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa, PT: Edições 70 Ltda., 1995.

BAUMAN, Sygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BODNAR, Zenildo; FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Kaira Cristina. A epistemologia interdisciplinar da sustentabilidade: por uma ecologia integral para a sustentação da casa comum. **Revista Brasileira de Direito**, [*s.l.*], v. 12, n. 2, p 59-70, jul-dez. 2016.

BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade – Transformando Direito e Governança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL DE FATO. **O lixão de roupas no Atacama e o colapso da civilização**. Por Marques Casara, e 15 de novembro de 2021. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2021/11/15/o-lixao-de-roupas-no-atacama-e-o-colapso-da-civilizacao. Acesso em: 2 jul. 2023.

COOPER, Tim. Inadequate life? Evidence of consumer attitudes to product obsolescence. **J Consum Policy**, [*s.l.*], v. 27, p. 421-449, 2004. DOI: https://doi.org/10.1007/s10603-004-2284-6.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Transnacionalidade, direito ambiental e sustentabilidade**: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014. [recurso eletrônico].

ELKINGTON, John. **Canibais com garfo e faca**. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2012.

ESTADO DE MINAS INTERNACIONAL. **Lixo do mundo: o gigantesco cemitério de roupa usada no Deserto do Atacama**. Atualizado em 28 de janeiro de 2022. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2022/01/28/interna_internacional,1340846/lixo-do-mundo-o-gigantesco-cemiterio-de-roupa-usada-no-deserto-do-atacam.shtml?fbclid=IwAR2eLC1ZaEA49ycuPUhSk389CZaxu4BYkVgUs5z0abPM2T_EgeFDiytUbks. Acesso em: 2 jul. 2023.

GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade da abundância**. Lisboa, PT: Livraria Sá da Costa Editora, 1963.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 375-399, jul.-dez. 2012.

GARCIA, Heloise Siqueira Garcia; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A construção de um conceito de sustentabilidade solidária. Contribuições teóricas para o alcance do socioambientalismo. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, Curitiba, v. 2, p. 147-168, jul.-dez. 2016.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Portos: sustentabilidade e proteção ambiental. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite (org.). **Meio Ambiente, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí, SC: Univali, 2014. v. 2. ISBN 978-85-7696-122-2.

HYPENESS. **Como Gana se tornou 'lixão' de roupas de má qualidade dos países ricos**. Atualizada em 26 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.hypeness.com.br/2021/10/como-gana-se-tornou-lixao-de-roupas-de-ma-qualidade-dos-paises-ricos/. Acesso em: 2 jul. 2023.

LAYARGUES, Philippe. O cinismo da reciclagem: o significado ideológico da reciclagem da lata de alumínio e suas implicações para a educação ambiental. LOUREIRO, F.; LAYARGUES, P.; CASTRO, R. (org.). **Educação ambiental**: repensando o espaço da cidadania. São Paulo: Cortez, 2002.

MARTINS, Queila Jaqueline Nunes; DANIELI, Adilor. As diretrizes institucionais do Comitê Econômico e Social Europeu sobre a obsolescência programada: uma análise à luz do Paradigma da Sustentabilidade. *In*: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Transnacionalidade, Direito Ambiental e Sustentabilidade**: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa. Passo Fundo: UPF, 2014.

PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 472-505, agosto de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 2 jul. 2023.

SALCEDO, Elena. **Moda ética para um futuro sustentável**. São Paulo: G. Gili, 2014.

SKYFI. **Imagem de satélite da SkyFi confirma enorme pilha de roupas no deserto do Atacama, no Chile**. Em 10 de maio de 2022. Disponível em: https://www.skyfi.com/blog/skyfis-confirms-massive-clothes-pile-in-chile. Acesso em: 02 de julho de 2023.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade: Evolução Epistemológica na Necessária Diferenciação entre os Conceitos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, [*s.l.*], v. 3, n. 2, jul.-dez. 2017.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (org.). **Lineamentos sobre Sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí, SC: Univali, 2014.

ZANATTA, Marina. **A obsolescência programada sob a ótica do Direito Ambiental Brasileiro**. 2018. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/ sites/11/2018/09/ marina_zanatta.pdf. Acesso em: 2 jul. 2023.

André Doumid Borges

Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Procurador do Estado de Santa Catarina.

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

Endereço profissional: Rua Coronel Marcos Rovaris, Centro, n. 230, Sala 1.011, Criciúma, SC. CEP: 88801-100.

José Hamilton Rujanoski

Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Procurador do Estado de Santa Catarina.

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

Endereço profissional: Rua Caetano Vieira da Costa, n. 140, 4º andar, Centro, Lages, SC. CEP: 4209-300.

Recebido em: 05/07/2023
Aceito em: 19/07/2023

Como referenciar este artigo

BORGES, André Doumid; RUJANOSKI, José Hamilton. Do Aspecto Psicológico da Obsolescência que Leva ao Hiperconsumo de Produtos da Indústria Têxtil: o descarte irregular de roupas e resíduos da produção e a formação de "lixões" em países em desenvolvimento. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 187-210, dezembro de 2023.

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

Do Normativo ao Transcendente: a importância do Conceito de Dignidade do ser humano nas relações do homem com a natureza e com o estado

Eduardo Zanatta Brandeburgo[1]
Heloise Siqueira Garcia[2]
[1]Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil
[2]Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo pretende aprofundar o conteúdo do conceito de dignidade do ser humano e com isso propiciar limites e um melhor vínculo entre o homem e a natureza, bem como favorecer o entendimento dos limites do poder do Estado. O método de pesquisa utilizado foi o qualitativo de caráter analítico, tendo-se concluído que a busca individual por mais consciência e pelo resgate da natureza espiritual hierarquiza o homem e o torna colaborador da natureza e dos outros seres, fortalecendo-o contra autoritarismos.

Palavras-chave: Consciência; Dignidade; Individualidade; Ser Humano.

From Normative to Transcendent: the importance of the Concept of Dignity of the human being in man's relations with nature and the state

Abstract

This article aims to deepen the content of the concept of human dignity and thereby provide limits and a better bond between man and nature, as well as favoring the understanding of the limits of State power. The research method used was qualitative and analytical, concluding that the individual search for more awareness and the recovery of spiritual nature hierarchizes man and makes him a collaborator with nature and other beings, strengthening him against authoritarianism.

Keywords: *Conscience; Dignity; Individuality; Human being.*

1 Introdução

A dignidade do ser humano e o princípio jurídico daí decorrente fazem parte da cultura do Direito em seus mais variados ramos. O objetivo deste artigo é buscar um norte para superar as dificuldades e as incertezas em torno do conceito de dignidade do ser humano.

Não raro, o Procurador do Estado se depara com litígios em que a dignidade do ser humano é erigida. Seja quando se invoca a impenhorabilidade de vencimentos em Execuções Fiscais, seja quando se busca o fornecimento de medicamentos não padronizados pelo Estado, ainda nas oportunidades consultivas em que analisa políticas públicas e no trâmite de criação de atos normativos, sem prejuízo das diversas outras situações que poderiam ser aqui exemplificadas.

O artigo inicia com alguns exemplos de normas positivas com referência à dignidade do ser humano. Ultrapassadas as breves referências às normas nacionais e internacionais, que demonstram a preocupação mundial com o assunto, e a indeclinável relação com os direitos fundamentais, passa-se para uma investigação acerca do conteúdo da dignidade do ser humano. Diversos autores de escol se esforçaram na busca desse conteúdo e há unanimidade nos livros jurídicos a respeito da dificuldade de empreitada.

Não obstante, quando se analisa a contribuição dos doutrinadores, é possível perceber pontos de destaque comuns, os quais se mostram essenciais para melhor formar o conceito de dignidade do ser humano. Uma das convergências que se apresentam com relevância reside na necessidade de bem conceituar o ser humano como antecedente lógico ao conceito da dignidade do ser humano.

A conceituação do ser humano, por sua vez, traz à tona conceitos metafísicos, como os de consciência, de individualidade e de espírito, que, portanto, se mostram essenciais para a compreensão da dignidade do ser humano.

2 Conceito de Dignidade do Ser Humano

Nesta seção serão discutidas as regras que apresentam a dignidade do ser humano no plano normativo, bem como a dificuldade de definição de conteúdo de dignidade do ser humano e os estudos doutrinários sobre o tema. A normatividade e o conteúdo da dignidade do ser humano exigem a abordagem do conceito de ser humano como antecedente lógico, o que faz erigir uma resposta transcendente para o tema.

2.1 A Normatividade

O Procurador do Estado, como presentante do Estado de Santa Catarina, é um agente público que deve ter íntimo contato com o conceito de dignidade do ser humano. Seja porque o tema é trazido à tona em toda sorte de litígios judiciais, mas principalmente porque o Procurador do Estado participa ativamente na execução do poder estatal.

Não só para a advocacia pública e na relação indivíduo-Estado é que a dignidade do ser humano se destaca. O conceito importa para a própria existência do homem no mundo globalizado, mormente quando atualmente se percebe o enfraquecimento dos Estados-nação, bem como considerando a crise ecológica vivenciada. Por onde se passa e se é grato à memória, percebe-se que a natureza tem sofrido com determinadas ações humanas. Diante da crise de relação entre o homem e a natureza, uma das facetas de estudo reside em conhecer o que caracteriza um e outra. Justamente como apresenta Ost (1995, p. 8-10), antes da crise ecológica, estão a crise de nossa representação da natureza e a crise da nossa relação com a natureza. Para o autor, essas são uma crise do vínculo e uma crise do limite, sendo que a crise do vínculo decorre da dificuldade de discernir o que nos liga à natureza e a crise do limite advém da dificuldade em discernir o que nos distingue da natureza. A perda do sentido do vínculo e do limite é exemplificada pelas duas crises de representações atualmente observáveis da relação do homem com a natureza, por um lado, a natureza

como objeto (antropocentrismo) e, por outro, a natureza como sujeito (ecocentrismo).

A dignidade humana se apresenta na doutrina, na jurisprudência e nas normas nacionais e internacionais como o estandarte de diferenciação do homem e das demais espécies. Mesmo que se queria atribuir a dignidade aos animais e à natureza, do que se preocupa a chamada dimensão ecológica da dignidade humana, certo é que a dignidade humana é inconfundível e não se diminui frente ao amparo jurídico que se queira dar aos animais. Em última análise, é a dignidade humana que se pretende ver concretizada com a proteção ambiental[1], mormente quando se discutem os direitos fundamentais e relação do homem com o Estado. Aliás, intui-se que o melhor entendimento do conceito de dignidade humana beneficia diretamente o meio ambiente, pois a essência pura do ser humano não se coaduna com egoísmos e destruições, bem como ajuda na construção de um Estado que respeite com mais ênfase os direitos fundamentais.

Caminham em conjunto, portanto, no objetivo de vislumbrar o conceito de dignidade humana, a relação do homem com a natureza e a relação do homem com o Estado.

No âmbito das normas internacionais, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada no dia 10 de dezembro de 1948 pela assembleia geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que dispõe em seu artigo 1º: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com outros em espírito de fraternidade" (Unicef, 1948). Trata-se de norma posterior e consequente às realidades vivenciadas na Segunda Guerra Mundial, apesar de o conceito de dignidade do ser humano ter uma abordagem mais antiga. Antes desse marco normativo, conforme apresenta McCrudden (2008, p. 657), o termo dignidade era majoritariamente utilizado no sentido de *status*,

1 Diante de tais considerações, a proteção ambiental projeta-se como um dos valores constitucionais mais importantes a serem incorporados como tarefa ou objetivo do Estado de Direito neste início século XXI, porquanto, diante dos novos desafios impostos pela sociedade de risco diagnosticada por Beck, 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 do mundo contemporâneo (Fensterseifer, 2008, p. 96).

reputação e privilégio, a exemplo da Declaração de Direitos de 1689 dos ingleses, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[2], ou mesmo no Direito Romano (apesar de, em Cícero, ser feita referência à dignidade independente de mérito quando afirma a dignidade do homem frente ao animal).

A proteção da dignidade do ser humano no âmbito internacional foi reforçada com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. Nesse documento, consta que "[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo" (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966). Portanto, o texto reconhece expressamente que os direitos mencionados decorrem da dignidade inerente à pessoa humana. Referido pacto foi promulgado no Brasil pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

A dignidade consta, ainda, do preâmbulo da Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que, em sua 29ª Conferência Geral, de 11 de novembro de 1997, aprovou a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de onde se retira que "[...] toda pessoa tem o direito de respeito a sua dignidade [...]" (Unesco, 1997, art. 2º). Alguns meses antes, no dia 4 de abril de 1997, foi aberto para assinatura dos estados-membros a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina, que, em seu preâmbulo, reconhece a importância de assegurar a dignidade humana e, em seus artigos iniciais, propõe sua proteção (Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, 1997)[3]. Essas não são as únicas referências internacionais sobre o tema, mas revelam que o tema é de preocupação mundial.

O uso da dignidade nos textos constitucionais, segundo McCrudden (2008, p. 664-665), foi inaugurado na Constituição de 1917 do México,

---

2 Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

3 Em seu artigo 5º, consigna que toda intervenção médica apenas pode ser realizada após consentimento livre.

seguido pela Constituição de Weimar, em 1919, pela Constituição da Finlândia, em 1919, pela Constituição de Portugal, em 1933, pela Constituição da Irlanda, em 1937, pela Constituição de Cuba, em 1940, pela Constituição da Espanha, em 1945, pela Constituição do Japão, em 1946, pela Constituição da Itália, em 1948, pela Constituição da Alemanha Oriental, em 1949, pela Constituição de Israel, em 1948, e pela Constituição da Índia, em 1950.

No tocante à legislação nacional, a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, considera a dignidade humana fundamento da República Federativa do Brasil: "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: [...] III – a dignidade da pessoa humana" (Brasil, 1988, art. 1º).

Ao longo do texto constitucional brasileiro, a dignidade humana ainda é invocada no parágrafo 7º[4] do artigo 226 como fundamento para o planejamento familiar. No artigo subsequente (artigo 227), a Constituição brasileira atribui o "[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...] à dignidade". Este último artigo é complementado pelo artigo 230 em que se estende a proteção da dignidade aos idosos.

Na norma fundamental espanhola (Espanha, 1978), a dignidade humana é fundamento da ordem política e da paz social, conforme se lê de seu artigo 10:

> 1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito da lei e dos direitos dos outros são fundamento da ordem política e da paz social.
>
> 2. As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados e acordos

4 § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (Brasil, 1988, § 7º).

> internacionais sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha (Espanha, 1978, art. 10).

O item 2 do artigo 57 da Constituição Espanhola consigna que "[...] o Príncipe herdeiro [...] terá a dignidade de Príncipe das Astúrias e os demais títulos vinculados tradicionalmente ao sucessor na Coroa de Espanha [...]" (Espanha, 1978, art. 57), porém, nesse caso, o termo dignidade está limitado à prerrogativa de chefe de Estado (artigo 56). O uso da palavra dignidade, nesse caso específico, portanto, não se enquadra no conceito buscado no presente artigo.

Na linha dos dois exemplos mencionados (Brasil e Espanha), a positivação constitucional da dignidade humana está atualmente presente em inúmeras constituições. Em pesquisa realizada em 193 constituições, Marques e Massaú (2020, p. 150-151) localizaram a dignidade expressa em 151 delas.

2.2 Dificuldade na Definição de Conteúdo

Muito embora a dignidade humana seja largamente defendida, seu conceito não é de fácil entendimento. Afinal, o que é a dignidade humana? Se há uma unanimidade é a que conclui pela dificuldade de sua conceituação.

> Quanto ao mais – inclusive no que diz com a própria compreensão do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana na e para a ordem jurídica – trata-se de tema polêmico e que tem ensejado farta discussão em nível doutrinário e até mesmo jurisprudencial. De fato, como bem averbou Antonio Junqueira de Azevedo, o acordo a respeito das palavras "dignidade da pessoa humana" infelizmente não afasta a grande controvérsia em torno de seu conteúdo (Sarlet, 2006, p. 26-27).

Com efeito, mesmo os doutrinadores de escol que se dedicaram especificamente ao tema, como é o caso de Sarlet (2006. p. 26-27), fazem a ressalva de que o tema "haverá de ser deixado em aberto" e reconhecem a "[...] dificuldade [...] de obter uma definição conceitual". Após afirmar que o conceito de dignidade é complexo e de difícil precisão,

apesar de seu papel fundamental no discurso moral, Atienza (2022, p. 18) apresenta uma anedota que bem resume sua visão, permitindo-lhe concluir que se trata de um conceito de aceitação geral, desde que não se entrem em detalhes sobre o que cada um entende por dignidade.

Mas para que o conceito não fique sem conteúdo e, desse modo, fragilizado, com as nefastas consequências daí decorrentes, é importante construí-lo, atingir um mínimo entendimento comum, que, apesar de inacabado, sirva para os fins a que se propõe.

Rabinovich-Berkman (2013, p. 28) alerta que correntemente se pretende, com a conceituação, delimitar, clarificar, precisar e, assim, extirpar a discussão e a dúvida, pondo fim ao debate. Para contrapor a habitual busca por um conceito fechado, o autor apresenta a *mayéutica* de Sócrates, filósofo que teria dedicado sua vida a demonstrar aos demais a dificuldade de definir (Rabinovich-Berkman, 2013). Os exercícios do filósofo grego, apresentados por seu discípulo Platão, geralmente conduzem a uma rua sem saída que revela a ignorância sobre o tema, é dizer, permite conhecer as inadequações do conceito, ou melhor, do preconceito que busca se aproximar do conceito.

Não é necessário atingir o extremo de afirmar que "só sei que nada sei", frase célebre atribuída a Sócrates, mas sim que sempre é possível evoluir no conceito, para que nessa construção coletiva se chegue mais perto da verdade, mais perto da pureza. A importância dos conceitos é apresentada de forma categórica pelo humanista Pecotche (2011, p. 209):

> Os conceitos formaram sempre as verdadeiras reservas morais da humanidade. Sustentados neles, os homens podem viver em paz e inspirar mútua confiança; ao contrário, quando os conceitos são alterados: sobrevêm a confusão e o caos, seja no ambiente mental do mundo, seja no dos povos onde ocorrem tais alterações.

2.3 O Conteúdo Apresentado pela Doutrina

Vários autores se dedicaram a encontrar o conteúdo do conceito de dignidade humana. Para Kant (2003, p. 82), adotando a fórmula de

Ulpiano[5], a dignidade se reflete no dever de não fazer de si próprio um meio para os outros, mas sim um fim, um fim em si mesmo. Esse dever, como obrigação, decorre do direito da humanidade, "[...] um direito que transcende quaisquer direitos a coisas e quaisquer direitos contra pessoas" (Kant, 2003, p. 82).

> Mas o dever de um ser humano consigo mesmo como um ser moral somente (sem considerar sua animalidade) consiste no que é formal na harmonia das máximas de sua vontade com a dignidade da humanidade em sua pessoa. Consiste, portanto, numa proibição de despojar a si mesmo da prerrogativa de um ser moral, a de agir de acordo com princípios, isto é, liberdade interior e, assim, fazer de si mesmo um joguete de meras inclinações e, por conseguinte, uma coisa. Os vícios que contrariam este dever são a mentira, a avareza e a falsa humildade (servilismo). Estas adotam princípios diretamente contrários ao seu caráter como um ser moral (nos termos de sua própria forma), isto é, à liberdade interior, a dignidade inata de um ser humano, o que equivale a dizer que fazem com que o princípio básico de alguém careça de princípio básico e, conseqüentemente, de caráter, ou seja, descartar a si mesmo e fazer de si um objeto de desprezo. A virtude que se opõe a todos esses vícios poderia ser chamada de amor à honra (honestas interna, iustum sui aestimium), uma disposição de alma sumamente distante da ambição (*ambitio*) (que pode ser inteiramente torpe). Entretanto, esta aparecerá destacadamente mais tarde com este nome (Kant, 2003, p. 262).

Um exemplo de ofensa à dignidade humana trazido por Kant (2003, p. 271) reside na mentira. Por uma mentira externa, o ser humano se tornaria objeto de desprezo aos olhos dos outros e, assim, não se faz, como abordado anteriormente, um fim para os outros. A mentira interna seria ainda pior, pois torna o ser desprezível aos seus próprios olhos, violando a dignidade da humanidade em sua própria pessoa. Esse valor interno absoluto referido por Kant (2003, p. 277), pelo qual cobra respeito por si mesmo e se perde quando o outro é instrumentalizado,

5 Jurisconsulto romano do século III D.C.

tratado como objeto, é estruturado doutrinariamente como uma obrigação dentro de um código moral. Segundo nos demonstra Rabinovich-Berkman (2013, p. 119), Kant buscou sistematizar o racionalismo com o empirismo, isto é, conhecer o mundo por meio dos seus sentidos e sua experiência. Ele visou bases objetivas para os valores, construindo um sistema moral chamado imperativo categórico, válido para toda pessoa.

> Como é bem sabido, o imperativo categórico no qual, segundo Kant, se manifesta a lei moral, possui (pelo menos se a análise se circunscreve ao que o filósofo escreve em sua Fundamentação da Metafísica dos Costumes) três formulações: a da universalidade – "age apenas de acordo com uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que ela se torne uma lei universal" (Kant, 1973, 72) –; a dos fins ou da dignidade humana – "age de tal maneira que uses a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio" (p. 84) –; e a da autonomia da vontade – devem ser rejeitadas "todas as máximas que não possam ser compatíveis com a própria legislação universal da vontade", ou seja, "a ideia da vontade de todo ser racional como uma vontade universalmente legisladora" (p. 87) (Atienza, 2022, p. 93)[6].

Na tentativa de criar um conceito de dignidade humana sob uma perspectiva racionalista, Kant não negava a religião (que distingue das igrejas[7]) e inclusive elenca o dever religioso como o dever de "[...] reconhecer todos os nossos deveres como (*instar*) comandos divinos"

6 "Como es bien sabido, el imperativo categórico en el que, según Kant, se plasma la ley moral tiene (al menos si el análisis se circunscribe a lo que escribe el filósofo en su Fundamentación de la Metafísica de las costumbres) tres fórmulas: la de la universalid – "obra solo según uma máxima tal que puedas querer al mismo tempo que se torne ley universal" (Kant, 1973, 72) –; la de los fines o de la dignidade humana – "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto em tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como um fin al mismo tempo y nunca solamente como um médio" (p. 84) –; y de la autonomia de la voluntad – debem rechazarse "todas las máximas que no puedam compadecerse com la própria legislación universal de la voluntad", o sea, "la idea de la voluntad de todo ser racional como uma voluntad universalmente legisladora" (p. 87)" (Atienza, 2022, p. 93).

7 Quanto às igrejas (como instituições para o culto público de Deus por parte do povo, a cuja opinião ou convicção devem elas sua origem), elas têm que ser cuidadosamente distinguidas de religião, que é uma disposição íntima que reside completamente além da esfera de influência do poder civil (Kant, 2003, p. 170).

(Kant, 2033, p. 285). Porém, para o filósofo prussiano, esse dever religioso procede da nossa própria razão, pois crê que a ideia de Deus reside além dos limites da experiência humana. Então não estaríamos obrigados perante Deus (já que sua realidade teria que ser revelada pela experiência), mas sim perante nós mesmos, já que a ideia de Deus, como dito, procederia da nossa própria razão. Em resumo, a doutrina religiosa como doutrina dos deveres a Deus estaria além dos limites da pura filosofia moral, inclusive porque, segundo o autor, a relação moral entre Deus e os seres humanos, como visto, "[...] é totalmente incompreensível para nós [...]" (Kant, 2003, p. 333), motivo pelo qual a ética não pode se estender além dos limites dos deveres dos seres humanos entre si.

Na observação conclusiva de sua "A Metafísica dos Costumes", Kant (2003, p. 331) apregoa que "O fim divino relativamente à espécie humana (no que tange a criá-la e guiá-la) só pode ser pensado como procedente do *amor*, isto é, como a *felicidade* dos seres humanos". Justamente o oposto do que afirma Nietzche[8], para quem o amor ao próximo e a caridade são uma moral servil, conclusão que se registra como exemplo de desvirtuação de conceitos, os quais, somados a outros, permitem violações à dignidade humana, como foi revelado pelas grandes guerras do século XX.

Ao abordar os acontecimentos sombrios da história da humanidade, Arendt (2012, p. 603) traz outro importante conceito à baila, o de individualidade, que destruída (exemplo dos campos de concentração nazista) anula "[...] a espontaneidade, a capacidade do homem de iniciar algo novo com os seus próprios recursos". Morta a individualidade, o homem se torna uma marionete, submissa e dominada – um exemplo de cidadão frente aos interesses dos regimes totalitários (Arendt, 2012, p. 605). O respeito à dignidade humana implica reconhecimento de todos os homens como construtores de mundos ou coautores de um mundo comum (Arendt, 2012, p. 608), portanto, a transformação da

8 "El quiebre de la búsqueda de una base objetiva para los derechos fundamentales de ser humano, producido en el siglo posterior al imperativo categórico kantiano por la sucesíon romanticismo-positivismo-darwinismo-Nietzsche, preparó el escenario para el siglo XX y sus grandes violaciones de la dignidad humana, sin precedente en toda la historia" (Rabinovich-Berkman, 2013, p. 123).

natureza humana, na qual o homem não tem mais individualidade e por isso não é mais criador, o destrói.

Dworkin (2003, p. 337), na obra "*Domínio da Vida*", apresenta a dignidade humana individual como o traço mais importante da cultura política ocidental, na qual as pessoas têm o direito e a responsabilidade moral para enfrentarem as questões fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, respondendo à sua consciência e às suas convicções. A dignidade conferiria o direito de autodeterminação e o direito à consciência.

> Quero agora sugerir que o direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre. A dignidade é um aspecto central do valor que examinamos ao longo de todo este livro: a importância intrínseca da vida humana (Dworkin, 2003, p. 337).

2.4 O Conceito de Ser Humano como Antecedente Lógico

A imperiosa necessidade de se conhecer o ser humano para bem protegê-lo não escapa à atenção de Sessarego (2015, p. 87 e 93). A crise do limite e do vínculo com a natureza e a relação com o Estado necessariamente passam pela conceituação do ser humano. Se ignoramos ou conhecemos insuficientemente sua estrutura existencial, sua consistência ontológica[9], como pode o Direito abordar esse conceito, questiona-se o autor. Na resposta, ele afirma que o que diferencia o homem é o espírito, "um ser liberdade"[10], sendo que a liberdade abriria o ser humano ao mundo dos valores, é dizer, da espiritualidade. Então, o ser humano seria espiritual porque é livre e seria livre como ser

9 No dicionário da Real Academia Española (2023), a definição de ontologia é a seguinte: "Parte de la metafísica que trata del ser em general y de sus propriedades transcendentales".

10 "un *ser libertad*".

espiritual. Ainda segundo Sessarego (2015), entender o homem como liberdade suplanta o conhecimento anterior que punha de manifesto a razão como característica peculiar do ser humano.

> [...] Daí que o "ser humano" não se reduza puramente à natureza – exclusivamente à matéria – mas que é, simultaneamente, um ser "espiritual". O "ser humano" transcende a natureza. É o espírito da liberdade, e não apenas a razão, que caracteriza o "ser humano" e o torna diferente dos outros seres do mundo (Sessarego, 2001, p. 304, tradução nossa)[11].

Sessarego (2001) não está sozinho, pois Finnis (1980, p. 225) não considera a razão como a última fase da autoperfeição.

Os conceitos pelos quais gravitam os autores (consciência – Dworkin; individualidade – Arendt; espírito – Sessarego) dizem muito sobre o conceito de dignidade do ser humano. Rabinovich-Berkman (2013, p. 81) defende o benefício da pluralidade de abordagens e esclarece que outros conceitos importantes, como de humanidade e de pessoa, são elaborações socioculturais geradas sob as mais amplas perspectivas.

> Seria possível propor, em um tema como o dos direitos humanos, uma exclusividade, mesmo um predomínio, do aspecto jurídico? Não deveria a sala de aula onde esses assuntos são tratados ser aberta, uma vez que afetam a todos, e muito, sem exceção alguma, pelo simples fato de sermos humanos? Nessas matérias, todos, absolutamente todos, podemos contribuir com algo.
>
> Existem aspectos técnicos complexos, é verdade. Mas eles geralmente são da competência do advogado ou do magistrado que trabalham regularmente com questões de direitos humanos. Ou seja, eles podem ser adequadamente deixados para cursos de pós-graduação, e talvez essa seja a melhor alternativa. Por outro lado, a participação construtiva conjunta de pessoas provenientes

11 "[...] De ahí que el "ser humano" no se reduzca a pura naturaleza – exclusivamente a la materia – sino que es, simultáneamente, un ser "espiritual". El "ser humano" trasciende la naturaleza. Es el espíritu de la libertad, y no solamente la razón, lo que caracteriza al "Ser humano" y lo hace distinto de los demás emes del mundo".

> das mais diversas áreas científicas é capaz de gerar uma profundidade e riqueza extraordinárias.
> Além disso, a construção dos conceitos de "humanidade", "pessoa" e "dignidade humana" não pode ser considerada exclusivamente jurídica. Tratam-se de elaborações socioculturais geradas a partir do religioso, do filosófico, do mágico, do poético... Complexas estruturas antropológicas delineadas em diferentes civilizações, que foram influenciando umas às outras, chegando a levantar grandes dilemas que percorreram o século XX e se projetam como desafios para o presente século (Rabinovich-Berkman, 2013, p. 81, tradução nossa)[12].

Nesse aspecto, cabe a ressalva de Pérez Luño (2002, p. 41) no sentido de que o pluralismo cultural não se confunde com o relativismo cultural, é dizer, admitir a multiplicidade cultural não significa que todas as formas culturais possuem o mesmo valor.

Para Lagunas (2009, p. 32), a dificuldade de abordagem da óptica espiritual dificulta a configuração da dignidade do ser humano como instituição jurídica, motivo pelo qual, no processo de consolidação dos direitos humanos de primeira geração, como a liberdade, a igualdade e a justiça, a dignidade permaneceu imbricada em outros direitos e foi entendida como princípio moral ou simplesmente ignorada. De todo modo, a dificuldade é superável.

Um primeiro resultado prático da aproximação dos conceitos de espírito, de individualidade e de consciência ao conceito de dignidade humana permite vincular a dignidade ao ser humano e não à humanidade.

---

12 "¿Podría plantearse, en un tema como el de los derechos humanos, una exclusividad, siquiera un predominio, de lo jurídico? ¿No debería el aula donde se trabajan estos asuntos ser abierta, desde que a todos afectan, y mucho, sin excepecíon alguna, por el mero hecho de ser humanos? Em estas materias, todos, absolutamente todos, podemos tener algo para aportar. Hay aspectos técnicos complejos, es verdad. Pero ellos incumben más, generalmente, al abogado o al magistrado que trabajan em forma regular con cuestiones de derechos humanos. Es decir, que pueden perfectamente dejarse para cursos de posgrado, y quizás esa sea la mejor alternativa. Em cambio la participacíon constructiva conjunta de personas provenientes de las más diversas áreas científicas es suscetible de generar una profundización y una riqueza extraordinarias. Además, la construccíon de los conceptos de "humanidad", de "persona" y de "dignidad humana", no puede decirse que haya sido jurídica. Se trata de elaboraciones socioculturales generadas desde lo religioso, lo filosófico, lo mágico, lo poético... Complejísimos armados antropológicos, delineados em diferentes civilizaciones, que se fueron a su vez influyendo entre sí, hasta llegar a los grandes planteos dilemáticos que surcaron el siglo XX y se proyectan como desafíos para la centuria presente".

É sobre como é importante não confundir a dignidade da pessoa com a dignidade humana, e como a dignidade deve ser interpretada da Constituição Federal brasileira, ensina Sarlet (2006, p. 52):

> Registre-se, neste contexto, o significado da formulação adotada pelo nosso Constituinte de 1988, ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do nosso Estado democrático de Direito. Neste sentido, bem destaca Kurt Bayertz, na sua dimensão jurídica e institucional, a concepção de dignidade humana tem por escopo o indivíduo (a pessoa humana), de modo a evitar a possibilidade do sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda a humanidade ou na sua dimensão transindividual.

Esse aspecto é primordial para evitar o totalitarismo[13] apresentado por Arendt, mas também para demarcar os limites do Estado. Bobbio (1987, p. 100-101), atento a esses limites, deixa claro que, independentemente do fundamento dos direitos do homem, "[...] são eles considerados como direitos que o homem tem enquanto tal, independentemente de serem postos pelo poder político e que portanto o poder político deve não só respeitar mas também proteger". Logo, o fundamento dos direitos fundamentais limita a extensão do poder do Estado, um limite de validade material.

A dignidade do ser humano não é recebida do Estado e nem mesmo surge da relação em sociedade. O fundamento dos direitos fundamentais pode se amparar justamente na dignidade do ser humano, visto que, conforme referido por Pérez Luño, no livro "*Los Derechos Fundamentales*", a unidade de sentido do sistema constitucional de direitos fundamentais é proclamada pela dignidade da pessoa humana (Gutiérrez, 2005, p. 74). "A dignidade humana pressupõe o valor básico (valor fundamental) que fundamenta os direitos humanos, que buscam explicitar e satisfazer as necessidades da pessoa na esfera moral"[14]

13 De acordo com o relatório do V-Dem Institute (2022), sete em cada dez pessoas vivem em governos autoritários no ano de 2022, data do estudo.

14 "La dignidad humana supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necessidades de la persona em la esfera moral".

(Pérez Luño, 1995, p. 318). Por sua vez, Gutiérres (2005, p. 75), ao abordar a dignidade da pessoa na Constituição espanhola, esclarece que a dignidade da pessoa é referência central do nosso sistema de direitos fundamentais.

Na mesma linha, Demarchi (2016, p 30 e 41) afirma que a dignidade humana e os direitos fundamentais se entrelaçam, sendo que estes garantem a concretização daquela ou, por outro lado, "[...] são os Direitos Fundamentais a representação dos conteúdos da Dignidade". A dignidade humana se concretiza com e é o fundamento dos direitos fundamentais. Portanto, conforme afirma Atienza (2022, p. 37), o conceito de dignidade não se analisa simplesmente em términos descritivos, mas também em términos normativos e pode ser usado para justificar os direitos humanos.

Do exposto até aqui, percebe-se que o conceito de dignidade humana não é puramente jurídico, apesar de ser utilizado pelo Direito. De acordo com Kriele (1982, p. 241, tradução nossa), é um conceito metafísico, um valor fundado na "[...] suposição de que está escrita no coração do homem e se manifesta na consciência"[15].

Nesse sentido, ensina Pecotche (2008, p. 5) o seguinte:

> Quando a investigação se detém nas fronteiras do mundo transcendente, é porque o saber comum é insuficiente para penetrar nele. A ciência deve elevar as vistas acima de sua rigidez consuetudinária, para entroncar nas grandes concepções da Sabedoria Universal.

O filósofo Adorno entende a dignidade como a importância suprema, o valor fundamental e a inviolabilidade da pessoa humana, mas afirma que a radical desconfiança, ou dúvida, sobre a capacidade humana de reconhecer a verdade ou os valores, dominante em nosso tempo, é um grande obstáculo para as tentativas de encontrar um fundamento racional da dignidade humana e, sucessivamente, de qualquer valor social (Rabinovich-Berkman, 2013, p. 157).

15 "[...] supuesto de que está escrita em el corazón del hombre y se manifesta en la consciência".

2.5 A Resposta Metafísica

Com efeito, para fortalecer a confiança nas capacidades humanas, cumpre investigar alguns conceitos metafísicos. Dados os primeiros passos no entendimento desses conceitos (limitados à capacidade de interpretá-los, entendê-los e de aplicá-los na vida), será possível vislumbrar como o Direito deve se portar frente à dignidade do ser humano. A partir do que foi anteriormente discorrido, surge a necessidade de abordar os conceitos de ser humano, de consciência, de individualidade e de espírito. Certamente, sem a pretensão de abarcar a grandeza e a profundidade desses conceitos, mas palpando entendimentos mínimos que poderão parametrizar o equilíbrio almejado entre o homem, a natureza e o Estado.

Mounier (1950, p. 36), ao considerar o ser humano livre e espiritual, conclui que "[...] já não está mais bloqueado em seu destino pelo determinismo"[16].

Outros dois autores apresentados por Sarlet (2006, p. 44-45) se apoiam na existência do espírito para melhor conceituar a dignidade humana. Um deles, Günter Dürig, afirma que "[...] cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo". Portanto, a autodeterminação da sua própria conduta também é um aspecto importante para esse autor. Outro é Gomes Canotilho, para quem, se valendo dos estudos de Pico Della Mirandola, a noção de dignidade humana está consubstanciada com a ideia prévia de um "[...] indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*piastes et fictor*)".

É possível que a dificuldade da ciência em abordar os conceitos de consciência, de individualidade e de espírito[17] decorra da falsa contraposição correntemente feita entre o racional e o espiritual, como se

16 [...] ya no está más bloqueado en su destino por el determinismo.

17 Assim, por exemplo, para uns o espírito é a alma, ou o intelecto, ou o centro anímico do pensamento. Para outros é o ser incorpóreo, a razão, a sensibilidade, e até a personalidade. Há os que acreditam ainda que o espírito se manifesta nos estados emocionais, sentimentais, ou de alto vôo intelectual ou artístico, como prova de que o homem, ao exaltar momentaneamente suas elevadas preferências, concede ao espírito a prerrogativa de deleitar-se com tais preferências. Lamentável erro, como se haverá de ver mais adiante, ao tratarmos a fundo algumas circunstâncias próprias das modalidades que caracterizam o espírito (Pecotche, 2008, p. 15).

um não estivesse em sintonia com o outro e como se o racional fosse autossuficiente. A constituição espiritual do ser humano é amparo de muitos pensadores para a difícil tarefa de conceituar a dignidade do ser humano. Em outras palavras, como antes mencionado, é imperiosa a necessidade de abordar conceitos metafísicos para melhor entender a dignidade do ser humano e o próprio conceito de ser humano. Essa necessidade jurídica é reforçada pela miríade de autores que se valem do aspecto espiritual em seus estudos sobre a dignidade do ser humano.

Abordar o conceito de ser humano como ente espiritual parece ser uma das chaves. Pecotche (2013b, p. 90) ensina que o ser humano está integrado pelo ente físico e pelo ente espírito; "[...] a natureza espiritual do homem, ou seja, a que corresponde a seu espírito, diferencia-se pois da física pelo fato de ser incorpórea e imperecível" (Pecotche, 2008, p. 59). "O espírito [...] é a consciência vivente [...]" (Pecotche, 2011, p. 315), "[...] vai se formando no curso de nossas vidas com aquilo que tenhamos sido capazes de acumular na qualidade de patrimônio extrafísico próprio" (Pecotche, 2008, p. 94).

Além de sua natureza espiritual, o ser humano, ainda que indivisível, é composto de sua natureza física.

> A natureza física, dotada de um perfeito organismo com função automática e permanente à margem da vontade, com dispositivos e sistemas biológicos que atuam e se comunicam maravilhosamente entre si, e um mecanismo psicológico que se resume na alma, sempre cumpriu e continuará cumprindo sua missão humana dentro das necessidades, limitações e perspectivas que dizem respeito à vida do homem [...] (Pecotche, 2008, p. 57).

A natureza física se constitui dos sistemas biológicos e do mecanismo psicológico, que inaugura o conceito de alma. Cumpre recorrer ao mesmo autor para lançar luz sobre as diferenças entre alma e espírito: "Alma é o ente físico em sua configuração psicológica" (Pecotche, 2008, p. 63).

Com efeito, a vida do ser humano possui configuração tríplice: biológica, psicológica e espiritual, sendo que a configuração psicológica se conforma pelos sistemas mental, sensível e instintivo[18].

> [...] A alma integra, como dissemos, a entidade física em sua parte psicológica; o espírito, não obstante ser uma entidade autônoma, com plena liberdade de movimento, está ligado à alma ou ente físico enquanto este existe em sua estruturação humana. Em virtude de sua essência eterna, e por conter o cabedal hereditário do ser a quem anima, ele está destinado a desenvolver uma preponderância transcendental sobre a parte física e psicológica do indivíduo (Pecotche, 2008, p. 64-65).

Dos trechos mencionados, percebe-se que o espírito integra o conceito de ser humano, o que demonstra convergência com os doutrinadores outrora mencionados que buscavam no espírito o fundamento para a dignidade do ser humano. Como visto, a abordagem desses conceitos nos dá peças essenciais para desmitificar a relação entre o homem e a natureza, pois ainda segundo Pecotche (2008, p. 40):

> Entre o homem e o reino animal existe uma diferença tão marcante como a que aparece in extenso entre o reino mineral e o vegetal, e entre este e o animal. Essa diferença está determinada pelo fato de que mesmo os representantes mais avançados do reino animal não têm espírito.

Como visto, é o espírito, com suas prerrogativas, que ressalta a diferença e a superioridade absoluta do homem com respeito ao animal. Portanto, a diferença primordial entre o homem e os animais, os vegetais e os minerais reside justamente no fato de que estes últimos carecem de espírito, consciência e sensibilidade. É o que observa Pecotche (2008, p. 41):

> A Logosofia situou o homem numa posição hierárquica mais elevada ao proclamar o quarto reino, virtualmente diferente dos demais. Sua constituição psíquica, com

18 Sobre os sistemas mental, sensível e instintivo, constam capítulos específicos no livro de Pecotche (2013a).

> seus ponderáveis sistemas mental, sensível e instintivo e, como se isso não bastasse, as excelências de seu espírito, do qual carece qualquer outra criatura vivente de reinos inferiores, colocam o homem, com justiça indiscutível, num reino à parte e superior, que chamamos de "humano".

Embora o conceito corrente de consciência ("faculdade da razão para julgar os próprios atos ou o que é certo ou errado do ponto de vista moral" (Priberam, 2023) já confira um princípio de conteúdo ao conceito de dignidade humana, é possível transcender. Realmente não se cogita que animais, vegetais e minerais tenham consciência de seus atos. Se o homem é dotado de razão e de consciência, conforme apregoa o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, qual é o conceito de consciência e qual a sua função no ser humano?

> Ao falar aqui do homem, vamos nos referir ao protótipo real do indivíduo, ao ser inteligente e espiritual que busca a gravitação de sua consciência em tudo o que pensa e faz; uma gravitação que haverá de fazer-se efetiva quando o conhecimento de si mesmo for um fato positivo e evidente nele.
>
> [...]
>
> O homem deve, pois, preparar o espírito depurando sua mente, iluminando sua inteligência e enriquecendo sua consciência com os conhecimentos que, vinculando-o a essas três zonas, lhe permitam alternar nelas sem dificuldade, com sabedoria, honestidade e limpeza moral.
>
> [...]
>
> Ao iluminar-se a inteligência, por efeito de seu contato direto com este novo gênero de verdades, a consciência é comovida profundamente; as peças que deveriam manter flexível e elástica a atividade consciente, e que se acham oxidadas pelo desuso, são substituídas, e outras novas, de maior resistência, tomam seu lugar; o mundo metafísico deixa de ser uma ficção e se apresenta como uma realidade tão mais consistente e verdadeira do que a física. Nele, onde se internará já em perfeito uso da razão e da consciência, se poderá compreender tudo o que era antes incompreensível ou permanecia em obstinada e impenetrável nebulosa. Cada coisa requer rigorosamente

> uma preparação. A natureza não dá saltos; a do homem tampouco deve fazê-lo (Pecotche, 2013b, p. 47 e 57-58).

Do breve exposto, percebe-se que "[...] a consciência deve ser enriquecida pelo homem com os conhecimentos que tendam ao seu aperfeiçoamento e o capacitem para cumprir a alta finalidade humana" (Pecotche, 2013b, p. 96). Conforme ensina Pecotche (2013b, p. 70), diante dos adiantamentos da consciência, a razão não pode permanecer retrógada, deve responder aos ditames da consciência, examinando com maior amplitude de critério tudo quanto julga e compreendendo a linguagem íntima da sensibilidade. Portanto a razão, sem consciência, permite lógicas em desacordo com a verdade e o bem que se deve buscar, exemplo das crises antropocêntrica e ecocêntrica de relação entre homem e natureza, bem como das ofensas à dignidade humana perpetrada por Estados tirânicos.

Os conceitos de ser humano, de espírito e de consciência estão em sintonia. Não foge da regra o conceito de individualidade, que, segundo o pensador argentino em evidência, deve ser formada com consciência e "[...] responde inexoravelmente aos altos fins da evolução do homem" (Pecotche, 2017, p. 49). "É fruto da evolução, do cultivo constante das qualidades morais e psicológicas latentes no ser [...] Mas é, antes de tudo, quando se forma conscientemente, o espírito mesmo emergindo do interior da própria existência [...]" ou ainda, "[...] em definitivo, o verdadeiro ente humano e espiritual da espécie" (Pecotche, 2017, p. 50).

Em adição às brevíssimas referências aos conceitos de alta transcendência, que merecem um estudo diverso do que se propõe com este artigo, registre-se que "[...] o espírito, limpo de toda mácula, só busca uma coisa: o bem. O homem, por inegável influência de seu espírito, também o tem buscado sempre. Mas, por que não criá-lo em si mesmo?" (Pecotche, 2008, p. 127). Além de estreitamente conectado com o conceito de espírito, o conceito de bem também guarda íntima relação com o conceito de consciência, pois "[...] ser bom ou melhor significa ser mais consciente. Somente assim se pode chegar a ser bom no amplo sentido do termo" (Pecotche, 2008, p. 127). Para Pecotche (2017), a dignidade outorga ao ser humano a prerrogativa de ser respeitado em

todos os momentos, mas isso deve ser alcançado com o seu esforço, em formas de conduta que dignifiquem o comportamento.

> Você irá sempre em busca das formas de conduta que dignificam o comportamento; às bases da conduta. É conveniente saber que a dignidade outorga ao homem a prerrogativa de ser respeitado, não apenas em um momento de sua vida, senão em todos. Mas tenha em conta que ela não deve decair em nenhum instante, porque, tão logo o ser responda a uma atitude ofensiva ou imprudente, a dignidade desaparece, cedendo lugar à suscetibilidade, que deve permanecer sempre abaixo da dignidade. Para ser assim, a dignidade deve ter a inalterabilidade do eterno. Ela é serena; demora a reagir e o faz sempre sem violência (Pecotche, 2015, p. 25).

Com efeito, antes de conceituar a dignidade como uma qualidade intrínseca que faz o ser humano merecedor de respeito e consideração por parte do Estado, conforme apregoa Sarlet (2006)[19], trata-se de uma qualidade que deve ser perseguida pelo ser humano em um processo de evolução consciente. É o próprio ser, em busca de sua individualidade, com responsabilidade perante a própria vida, o primeiro que deve defender sua dignidade e ser respeitado por si mesmo para que a dignidade possa ser defendida e respeitada pelos demais. Conforme ensinado por Pecotche (2011, p. 336-338), a constituição bio-psico-espiritual do homem lhe traz a responsabilidade de alcançar a dignidade própria da natureza humana.

> O estado de desorientação em que a humanidade caiu se deve, precisamente, ao desconhecimento da vida dos pensamentos, unindo-se a isso o fato de ter extraviado – diria –, pelos caminhos do mundo, um dos maiores valores que o homem possui; esse valor é a palavra.

19 "[...] Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos" (Sarlet, 2006, p. 60).

> Pela palavra os seres se entenderam e por ela o conceito de cada um vai sendo formado; a palavra representa nada menos que a dignidade humana.
>
> [...]
>
> [...] Daí que o conhecimento promova um movimento mental tendente a frear os pensamentos para que a reflexão surja serena; para que o homem seja dono de si mesmo; para que saiba que as palavras formam um grande capital que não deve ser desperdiçado, que não deve ser mal gasto e que sempre deve ser empregado para fazer o bem, para construir e para os mais elevados fins a que o ser humano possa aspirar.
>
> [...]
>
> Não devem esquecer que o mineral jaz nas profundezas das montanhas; que o vegetal permanece imóvel na terra; que o animal está atado ao seu instinto e que o homem encontra sua liberdade nos planos elevados de sua consciência, iluminada pela sublime luz do conhecimento.
>
> [...]
>
> O homem deve desvendar esta incógnita; deixar de ser um mineral, libertando-se da inércia; deixar de ser um vegetal, movendo-se inteligentemente em plena atividade construtiva; e, enfim, deixar de ser tudo o que não convém a um ente humano, livrando seu ser de todos os preconceitos do instinto, para transfundir em seu espírito a verdadeira essência de sua criação humana. As fagulhas que de vez em quando surgem do atrito da inteligência com a áspera aresta da realidade fazem com que apareçam, como numa visão épica, fragmentos de imagens que o homem toma como antecipações promissoras de suas futuras conquistas.

O desafio do Estado e do Direito é preservar o respeito à dignidade humana, buscar nos valores espirituais a essência para uma melhor norma positiva de conduta, favorecendo uma sociedade com riqueza moral e liberdade para fazer o bem. Não apenas como dever a um código moral estabelecido, mas como uma necessidade interna sentida e mediante um processo de evolução da consciência dos seres humanos em prol da própria evolução em estreita colaboração com a humanidade e com a natureza.

3 Considerações Finais

O ser humano, ao longo de sua história, sempre intuiu sua responsabilidade pela busca por sua dignidade. Essa dignidade sempre se apresentou como uma meta a se alcançar, um valor a se proteger, estabelecendo uma maior hierarquia aos seres humanos.

Não obstante, a dificuldade de realizar um processo individual de evolução consciente para viver em si mesmo essa dignidade prejudica o entendimento do conteúdo do conceito e implica tergiversações que criam crises de relação entre o homem e a natureza (às vezes, tomando a natureza indevidamente como objeto, outras vezes, elevando a natureza à condição de sujeito), e que dão espaço para ações indignas por parte das pessoas que comandam o Estado.

De todo modo, mesmo diante das dificuldades de abordagem dos conceitos metafísicos, os direitos fundamentais criados à luz da almejada dignidade resguardam o ser humano e amparam a humanidade, na medida de sua aplicabilidade.

O conceito de ser humano é ponto essencial de partida para estabelecer, ao mesmo tempo, o vínculo e o limite com a natureza e os limites dos poderes estatais. A partir da consciência de sua natureza espiritual, o campo de investigação se amplia, é possível ser mais consciente, formar a individualidade e fazer o bem para si, para a humanidade e para a natureza, enfim, lutar por sua dignidade e pela dignidade dos demais.

Referências

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ATIENZA, Manuel. **Sobre la dignidad humana**. Madri: Editorial Trotta, 2022.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf. Acesso em: 7 abr. 2023.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE O GENOMA HUMANO E OS DIREITOS HUMANOS. 2001. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por. Acesso em: 24 jul. 2023.

DEMARCHI, Clovis. A dignidade humana como fundamento para a positivação dos direitos fundamentais. *In*: DEMARCHI, Clovis; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel. **Direito, Estado e Sustentabilidade.** São Paulo: Intelecto, 2016. p. 29-44.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPANHA. **Constituición Española**. 1978. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229. Acesso em: 23 maio 2023.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Clarendon, 1980.

GUTIÉRREZ, Ignacio. **Dignidad de la persona y derechos fundamentales**. Madri: Marcial Pons, 2005.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru, SP: Edipro, 2003.

KRIELE, Martin. **Liberación e ilustración:** defensa de los derechos humanos. Barcelona: Herder, 1982.

LAGUNAS, Eulalia Pascual. **Configuración jurídica de la dignidad humana em la jurisprudência del Tribunal Constitucional**. [*S.l.*]: Bosch Editor, 2009.

McCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. **The European Journal of International Law**, [*s.l.*], v. 19, n. 4, p. 657, 2008. DOI: 10.1093/ejil/chn043.

MARQUES, Pedro Coelho; MASSAÚ, Guilherme Camargo. Dignidade Humana e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 15, n. 37, p. 150-151, set.-dez. 2020.

MOUNIER, Emmanuel**. El personalismo**. 3. ed. Santos: Martins Fontes, 1950.

OST, François. **A Natureza à Margem da Lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. 1966. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20 Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e% 20Pol%C3%Adticos.pdf. Acesso em: 6 abr. 2023.

PECOTCHE, Carlos Bernardo González. **Bases para a sua conduta**. 22. ed. São Paulo: Logosófica, 2015.

PECOTCHE, Carlos Bernardo González. **Curso de Iniciação Logosófica**. 20. ed. São Paulo: Logosófica, 2017.

PECOTCHE, Carlos Bernardo González. **Introdução ao Conhecimento Logosófico**. 3. ed. São Paulo: Logosófica, 2011.

PECOTCHE, Carlos Bernardo González. **Logosofia**: ciência e método – técnica da formação individual consciente. 12. ed. São Paulo: Logosófica, 2013a.

PECOTCHE, Carlos Bernardo González. **O Mecanismo da Vida Consciente**. 15. ed. São Paulo: Logosófica, 2013b.

PECOTCHE, Carlos Bernardo González. **O Espírito**. 6. ed. reimp. São Paulo: Logosófica, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Consitucion**. Madri: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 41.

PRIBERAM. **Verbete "consciência"**. 2023. Disponível em: https://dicionario.priberam.org/consci%C3%Aancia. Acesso em: 14 fev. 2023.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **¿Cómo se hicieron los derechos humanos**? Un viaje por la história de los principales derechos de las personas. Buenos Aires: Ditot, 2013.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Verbete "ontologia"**. 2023. Disponível em: https://dle.rae.es/ontolog%C3%Ada. Acesso em: 31 jan. 2023.

SARLET, Ingo Wolgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SESSAREGO, Carlos Fernández. ¿Que és ser persona para el Derecho? **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, [*s.l.*], n. 54, p. 304, 2001. ISSN 0251-3420. ISSN-e 2305-2546. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084755. Acesso em: 23 maio 2023.

SESSAREGO, Carlso Fernández. ¿Cómo proteger jurídicamente al ser humano si se ignora su estructura existencial? **Revista IUS ET VERITAS**, Peru, n. 50, Julio, 2015.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**. 1997. Disponível em: https://www.unesco.org/em/ethics-science-technology/human-genome-and-human-rights. Acesso em: 25 jan. 2023.

UNICEF – UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 25 jan. 2023.

V-DEM INSTITUTE. **Democracy Report 2022**: Autocratization Changing Nature? 2022. Disponível em: https://v-dem.net/media/publications/dr_2022.pdf. Acesso em: 23 maio 2023.

Eduardo Zanatta Brandeburgo

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Procurador do Estado de Santa Catarina.

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

Endereço profissional: Avenida Osmar Cunha, n. 220, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88015-100.

Heloise Siqueira Garcia

Pós-doutoranda com bolsa concedida pela Capes. Doutora e mestre em Ciência Jurídica pelo (PPCJ) da Univali. Doutora em Derecho e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante, Espanha. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Univali e em Ensino e Tutoria a Distância pela Faculdade Avantis. Graduada em Direito pela Univali. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (PPCJ) da Univali e dos cursos de Direito do Centro Universitário Avantis da Uniavan e da Faculdade Sinergia. Advogada.

E-mail: heloise.sg@gmail.com

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

Recebido em: 19/06/2023

Aceito em: 26/07/2023

Como referenciar este artigo

BRANDEBURGO, Eduardo Zanatta; GARCIA, Heloise Siqueira. Do Normativo ao Transcendente: a importância do Conceito de Dignidade do ser humano para superar as crises de relação entre o homem, a natureza e o estado. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 211-238, dezembro de 2023.

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

Infraestrutura Verde

Alisson de Bom de Souza[1]

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

Resumo

Embora pouco abordada pela doutrina jurídica brasileira, a Infraestrutura Verde revela a importância crescente das questões ambientais e de Sustentabilidade para a Infraestrutura. A Infraestrutura Verde está ligada ao Direito ao Desenvolvimento, sendo a Sustentabilidade um elemento essencial em sua definição. O texto discute as tipologias da Infraestrutura, incluindo Infraestrutura pública, estatal e privada, Infraestrutura econômica, social e crítica, Infraestrutura local, regional, nacional e transnacional, Infraestrutura municipal, estadual e federal, bem como a distinção entre Infraestrutura artificial e natural. A Infraestrutura Verde é uma síntese entre a natural e a artificial, sendo uma garantia para a implementação de direitos econômicos, sociais e ambientais voltados para o desenvolvimento e a Sustentabilidade. É uma categoria relevante em diversas áreas, encontrando reconhecimento normativo especialmente na União Europeia. Sua incorporação na teoria da Infraestrutura, centrada na artificialidade, possibilita a inclusão da natureza nesse fenômeno.

Palavras-chave: Infraestrutura Verde; Infraestrutura Artificial; Direito ao Desenvolvimento; Sustentabilidade; Direito Fundamental da Infraestrutura.

Green Infrastructure

Abstract

Although little investigated by Brazilian legal doctrine, Green Infrastructure reveals the growing importance of environmental and Sustainability issues for Infrastructure. Green Infrastructure is linked to the Right to Development, with Sustainability being an essential element in its definition. The text discusses the typologies of Infrastructure, including public, state and private Infrastructure, Economic, social and critical Infrastructure, Local, regional, national and transnational Infrastructure, Municipal, state and federal Infrastructure, as well as the distinction between artificial and natural Infrastructure. Green Infrastructure is a synthesis between natural and artificial, being a guarantee for the implementation of economic, social and environmental rights aimed at development and Sustainability. It is a relevant category in several areas, finding normative recognition especially in the European Union. Its incorporation into the Infrastructure theory, centered on artificiality, makes it possible to include nature in this phenomenon.

Keywords*: Green Infrastructure; Artificial Infrastructure; Right to Development; Sustainability; Fundamental Infrastructure Right.*

1 Introdução

A Infraestrutura Verde é uma nova categoria jurídica que vem merecendo tratamento doutrinário e também normativo, especialmente no âmbito da União Europeia. Muito embora a doutrina jurídica brasileira dê pouca atenção aos aspectos naturais nas infraestruturas, o fato é que o aumento gradativo da relevância das questões ecológicas e ambientais implica na absorção de considerações sustentáveis ao fenômeno infraestrutural.

A análise que se propõe correlaciona a categoria Infraestrutura Verde e o Direito ao Desenvolvimento, especialmente a partir do que se entende por desenvolvimento sustentável, incorporado às discussões jurídicas de cunho global a partir do Relatório Brundtland, de 1987, até chegar no paradigma da Sustentabilidade.

Inicialmente, serão apresentadas breves notas sobre o Direito ao Desenvolvimento, com as principais características desse direito humano de terceira geração conectado às demandas de redução de desigualdades e de proteção ao meio ambiente. Faz-se também uma breve abordagem sobre a origem e a evolução do Direito ao Desenvolvimento, bem como sua relação com a categoria Infraestrutura.

Em seguida, são abordadas as tipologias da Infraestrutura com relevância jurídica. Tal análise se mostra importante para identificar o local de onde se extrai a categoria Infraestrutura Verde na teoria do fenômeno infraestrutural, bem como para demonstrar a relevância e essencialidade das infraestruturas atualmente na Sociedade.

Também são apresentadas as classificações de Infraestrutura pública, estatal e privada; Infraestrutura econômica, social e crítica; Infraestrutura local, regional, nacional e transnacional; Infraestrutura municipal, estadual e federal; Infraestrutura artificial e natural.

Na parte final do trabalho, investiga-se a categoria Infraestrutura Verde e sua relação com o Direito ao Desenvolvimento e a Sustentabilidade, mediante a análise doutrinária e normativa. Trata-se de categoria relevante para várias ciências e que encontra no cenário europeu uma abertura normativa importante, tal qual na legislação espanhola, portuguesa e na atuação da Comissão Europeia. O ponto de reflexão é incorporar a natureza ao fenômeno infraestrutural e a partir daí modificar as bases

da teoria da Infraestrutura, calcada na artificialidade. A compreensão ambiental potencializa a implementação de direitos fundamentais econômicos e sociais vinculados à Sustentabilidade. Breves notas sobre a função de garantia da Infraestrutura Verde são apresentadas.

2 Notas sobre o Direito ao Desenvolvimento

O vocábulo desenvolvimento possui de partida uma atratividade genuína para qualquer investigador científico. Quem será contrário ao desenvolvimento? A resposta dessa questão traz em si o indício de uma dificuldade intrínseca em transmutar esse direito reconhecido em documentos internacionais e em constituições de inúmeros países de mero desejo a algo palpável na vida das pessoas.

O Direito ao Desenvolvimento é um direito de finalidade, existindo para mitigar as desigualdades e promover progresso econômico e social, constituindo-se na dimensão nacional e na internacional:

> [...] o direito ao desenvolvimento terá duas dimensões, uma nacional e outra internacional, ambas absolutamente necessárias para garantir esse direito. Quanto à dimensão nacional, é o indivíduo que detém o direito ao desenvolvimento em relação ao seu Estado; Por sua vez, a dimensão internacional implica que são principalmente os povos e Estados subdesenvolvidos que podem reclamar este direito perante a comunidade internacional, neste caso, fundamentalmente contra os países desenvolvidos (Isa, 1999, p. 151, tradução minha).

Na perspectiva interna, o Direito ao Desenvolvimento é um autêntico direito fundamental:

> [...] com lastro em amplo conteúdo doutrinário, pode-se concluir que em âmbito interno, o direito ao desenvolvimento, por se tratar de direito fundamental é uma norma que possibilita o efeito paralisante perante outras normas e dentre outros efeitos, possibilita inclusive a sua adoção como preceito fundamental em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Martinelli, 2020, p. 436).

Notadamente na perspectiva nacional, a participação popular é elemento dos processos de desenvolvimento, considerando que um dos principais problemas que enfrenta o Direito ao Desenvolvimento é o desafio dos direitos de terceira geração quanto a sua exigibilidade, limitação que também atinge os direitos econômicos e sociais.

Além disso, um desafio do Direito ao Desenvolvimento é a distribuição de seus benefícios, que deve evitar uma distribuição desigual. A igualdade de oportunidades quanto ao acesso aos recursos e serviços básicos é a finalidade de um processo de desenvolvimento.

Um dos elementos do Direito ao Desenvolvimento, além do respeito a todos os direitos humanos e da participação popular no processo de desenvolvimento, é a conexão com os demais direitos humanos de terceira geração, de onde emana o direito ao meio ambiente equilibrado (Isa, 1999, p. 175).

2.1 Origem e Evolução da Ideia de Desenvolvimento no Direito

O Direito ao Desenvolvimento tem sua origem após as guerras mundiais do século XX para evidenciar a necessidade de diminuição de desigualdades na perspectiva global:

> O tema do desenvolvimento desponta como um assunto próprio após a Segunda Guerra Mundial.
> [...] Com o final da Segunda Guerra Mundial, gradativamente o mundo vai sendo dividido politicamente em dois: capitalismo e socialismo. De certa forma, os estudos desenvolvimentistas surgem como uma resposta capitalista para a necessidade de crescimento dos países do terceiro mundo ou pobres (Marrafon; Robl Filho, 2020, p. 289)

Trata-se de uma evolução da ideia de simples crescimento econômico para algo que conforma características econômicas e também sociais. Isa (1999) explica a origem do Direito ao Desenvolvimento:

> A origem remota do direito ao desenvolvimento pode ser encontrada no princípio da cooperação consagrado

> na Carta das Nações Unidas. No mesmo preâmbulo do documento constitutivo da nova Organização criada após a Segunda Guerra Mundial, os povos das Nações Unidas declaram-se decididos a "promover o progresso econômico e elevar o padrão de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade", vislumbrando "um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos" (Isa, 1999, p. 19-20, tradução minha).

No âmbito da relação do Direito ao Desenvolvimento com outros direitos de terceira geração, em 1972, pela primeira vez, o direito ao meio ambiente é consagrado:

> [...] Em 1972, as Nações Unidas, alertadas pela gravidade que os problemas ecológicos estavam adquirindo, convocaram a Primeira Conferência sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo. É na Declaração Final desta Conferência que o direito humano ao meio ambiente é reconhecido pela primeira vez [...] (Isa, 1999, p. 187, tradução minha).

Em 1986, houve a publicação da declaração sobre Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas. Todavia, somente em 1987 foi utilizada a denominação desenvolvimento sustentável, fato que explica a ausência na declaração do ano anterior:

> Infelizmente, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento foi aprovada em 1986, um ano antes de o Relatório Brundtland vir à tona e desencadear todo o debate internacional sobre a íntima conexão entre o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado. É por esta razão que a Declaração não menciona nenhuma vez o respeito ao meio ambiente como um dos componentes essenciais do direito ao desenvolvimento (Isa, 1999, p. 189, tradução minha).

O Relatório de Brundtland trouxe o conceito nos seguintes termos: "[...] o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade

das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades". O compromisso intergeracional é incorporado às discussões relativas ao desenvolvimento sustentável. Já na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1992, a expressão desenvolvimento sustentável começou a se tornar popular.

De toda sorte, a declaração internacional de 1986 ressaltou a centralidade da pessoa humana, pois "[...] um aspecto que merece ser destacado na Declaração sobre o direito ao desenvolvimento é que o indivíduo ocupa uma posição privilegiada, ele é o "sujeito central do desenvolvimento [...]", conforme contemplado no artigo 2.1 da Declaração" (Isa, 1999, p. 162, tradução minha).

A Constituição de 1988 consagrou o Brasil como nação regida pelos princípios de um Estado Democrático de Direito. Foram delineados os direitos fundamentais, estabelecidos os princípios orientadores da ordem econômica e social, bem como os princípios que regem a Administração Pública. O desenvolvimento foi incluído como objetivo da República Federativa do Brasil no artigo 3º da Carta Magna:

> [...] o texto maior, ao impor em seu artigo 3º, inciso III, o desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, o fez, positivando o significado encontradiço nas ciências econômicas. Ou seja, deve o Estado promover atividades que garantam o desenvolvimento econômico, como aspecto atinente ao seu crescimento quantitativo e ao desenvolvimento social, concernente à melhoria efetiva da qualidade de vida dos brasileiros (Dal Pozzo, 2020).

2.2 Infraestrutura e Desenvolvimento

A Infraestrutura de uma nação vem sendo apontada como essencial para potencializar o desenvolvimento econômico e social. Dal Pozzo (2020) apresenta seu conceito de Infraestrutura:

> Infraestrutura é a atividade administrativa que o Estado ou quem lhe faça as vezes, tem o dever de realizar,

> consistente em prover, manter e operar ativos públicos de modo a oferecer um benefício à coletividade, tendo em vista a finalidade de promover concretamente o desenvolvimento econômico e social, sob um regime jurídico-administrativo.

A relação com o desenvolvimento econômico e social, fundamentado na dignidade da pessoa humana, garantindo a Sustentabilidade e um adequado nível de vida da população, revela a perspectiva funcional das infraestruturas em um alto grau nas sociedades do século XXI. Martínez (2023, p. 4, tradução minha) aponta essa evolução:

> As infraestruturas sempre existiram em todos os grupos humanos com um certo grau de civilização. Eles sempre foram importantes para a vida em sociedade. Mas essa importância aumentou com o grau de civilização, porque à medida que o padrão de vida aumenta, as necessidades humanas aumentam. Isso fica especialmente evidente com o neoconstitucionalismo, ao estabelecer um sistema jurídico centrado na dignidade da pessoa humana. É que o desenvolvimento de infraestruturas contribui para o bem viver, para o nível de vida adequado da população. Daí a necessidade de criar as infraestruturas adequadas.

As infraestruturas, primordialmente, servem como ativos voltados para a sobrevivência em sociedade, especialmente nos ambientes complexos da atualidade. A função primeva da Infraestrutura é ser uma garantia material e imaterial de Sustentabilidade para a organização política, econômica e social em um território. Deve ser registrado o potencial atual de infraestruturas com função de garantia global, notadamente as de comunicações. Nessa linha defende Buzanello e Rocha (2022, p. 131):

> A infraestrutura é um dos instrumentos de concretização do desenvolvimento, na realidade um instrumento essencial, pois é base indispensável para a produção econômica, a prestação de serviços públicos e a realização de qualquer avanço. Não é possível vislumbrar educação, saúde e moradia sem infraestrutura energética, água, saneamento básico e assim por diante. O sujeito do

direito ao desenvolvimento é também sujeito de Direito da infraestrutura.

Verifica-se que a perspectiva ambiental e a perspectiva infraestrutural vêm se tornando centrais na atuação do Estado brasileiro. No plano normativo recente, o Decreto n. 10.531, de 2020, instituiu a Estratégia Federal de Desenvolvimento (EFD) para o Brasil no período de 2020 a 2031, configurando-se em um plano composto de planejamento e ações voltados para as metas-alvo. Aduz ainda que a Administração Pública Federal buscará harmonizar o planejamento estratégico institucional com a visão de futuro contida na EFD 2020-2031. No Anexo do aludido Decreto, verifica-se que a EFD contempla cenários macroeconômicos para até 2031 organizada em cinco eixos: Econômico, Institucional, Infraestrutura, Ambiental e Social.

O Decreto n. 10.526, de 2020, que instituiu o Comitê Interministerial de Planejamento da Infraestrutura (CIP-Infra) e o Plano Integrado de Longo Prazo da Infraestrutura (PILPI) também é exemplo da Infraestrutura pensada com responsabilidade de longo prazo. O PILPI, conforme estabelecido no Decreto, tem o objetivo de fomentar investimentos em infraestrutura para aumentar a qualidade e o estoque de Infraestrutura do país; contribuir para o aumento da produtividade da economia e para a geração de empregos qualificados; fornecer uma visão de longo prazo para orientar os investimentos em Infraestrutura que envolva os seus diversos setores, de forma a aumentar a atratividade à participação privada e a qualidade do gasto público; enfatizar as qualidades ambientais, sociais e de governança dos projetos dos setores de Infraestrutura; harmonizar as premissas e os cenários de longo prazo utilizados como base para o planejamento dos setores de Infraestrutura elaborado pelo Governo federal; e promover a compatibilidade entre os diversos planos setoriais que compõem a Infraestrutura do Governo federal.

A Infraestrutura voltada para o desenvolvimento reclama atuação estatal e participação da Sociedade. O sincretismo decorrente da funcionalidade infraestrutural reconhece o elemento de responsabilidade de longo prazo nas ações de Infraestrutura, muito porque são ativos concebidos sob a característica da perenidade, para servir por longos

anos, e também, e em decorrência de tal qualidade, por atingir positiva ou negativamente as futuras gerações.

Menegat (2015, p. 144) adverte para que se defina como Infraestrutura somente aquele conjunto de elementos materiais e imateriais essenciais para o desenvolvimento sustentável de setores:

> É preciso visualizar uma espécie de "retorno do pêndulo" etimológico da noção, a ponto de enquadrar como infraestrutural somente o conjunto de elementos materiais e imateriais essenciais, fundamentais para a implementação, exploração e desenvolvimento sustentável de setores econômicos relevantes. Tudo que for acessório, complementar, suplementar, secundário, não será, por definição, infraestrutural. A grande questão a ser enfrentada passa a ser, portanto, a compreensão dos contornos dessa essencialidade.

No conceito jurídico de Infraestrutura atualmente não pode faltar a vinculação à Sustentabilidade. Defende-se, do ponto de vista jurídico e na perspectiva funcional, Infraestrutura como o conjunto de atividades, garantias e direitos de natureza pública, estatal e não estatal, realizada por meio de ativos materiais e imateriais organizados em rede que exigem construção, operação e manutenção, com a finalidade de implementar direitos fundamentais econômicos e sociais vinculados à Sustentabilidade. Esse conceito configura o que se pode denominar de Direito Fundamental da Infraestrutura.

3 Tipologias da Infraestrutura com Relevância Jurídica

Previamente ao exame da categoria Infraestrutura Verde, entende-se essencial apresentar os diferentes tipos de Infraestrutura com relevância jurídica, no escopo de situar a discussão entre Direito ao Desenvolvimento e Infraestrutura Verde.

3.1 Infraestrutura Pública, Estatal e Privada

Dal Pozzo (2020), assim como a maioria da doutrina jurídica brasileira, entende que "Infraestrutura pública é afeta a um dever do Estado; já a infraestrutura privada pode ser desenvolvida pelos particulares para melhorar a eficiência econômica na exploração de suas atividades individuais".

Martínez (2023, p. 2, tradução minha) sintetiza um ideário próprio sobre o tema:

> Também não considero a propriedade estatal como essencial na infraestrutura, mesmo que seja uma infraestrutura pública. Normalmente é esse o caso, mas pode haver infraestrutura pública que seja de propriedade privada. Mais do que a posse do equipamento, acredito que o que importa é o destino dele.

Assim, a Infraestrutura é estatal quando seja de titularidade do Estado, propriamente de uma pessoa jurídica de direito público. Por outro lado, a Infraestrutura é privada quando seja titularizada por uma pessoa jurídica de direito privado. Já a Infraestrutura pública é toda Infraestrutura, seja de titularidade privada ou pública. Para fins jurídicos entendemos que toda Infraestrutura é pública, ou seja, falar Infraestrutura é evidenciar seu caráter público, pois necessariamente possui um interesse geral imanente:

> Um centro comercial, se for propriedade privada e não for utilizado para a prestação de serviços públicos ou serviços que, mesmo não sendo públicos em sentido estrito, não sejam considerados serviços de interesse econômico geral, será uma infraestrutura privada. Mas se parte desse centro comercial for afetada pela prestação de um serviço público ou de interesse econômico geral, trata-se de infraestrutura pública.
>
> Por exemplo, se for construído um terminal rodoviário naquele centro comercial de onde partem e chegam ônibus que prestam serviço público de transporte de passageiros nas estradas, por linhas regulares, estamos perante uma infraestrutura pública. Com efeito, embora

> a exploração de um terminal rodoviário não seja um serviço público, o serviço público é o transporte que é realizado com os ônibus nas condições reguladas, o terminal é uma infraestrutura que serve para a prestação de um serviço público, pelo que será uma infraestrutura pública, mesmo que seja de propriedade e administração privadas.
>
> Se, por outro lado, aquele centro comercial não tiver esse terminal de ônibus e tiver apenas negócios que vendam roupas, alimentos ou eletrodomésticos ou prestem serviços de bar, lanchonete ou restaurante, essa infraestrutura será privada (Martínez, 2023, p. 2, tradução minha).

Martínez (2023, p. 2, tradução minha) define

> [...] infraestrutura pública como conjunto de bens, de qualquer natureza, que compõem uma unidade teleológica necessária à prestação de um serviço de interesse econômico geral ou outro de competência do Estado.

Em conclusão, defende-se que, para haver uma Infraestrutura privada, ela deve ser pública. Da mesma forma, uma Infraestrutura estatal também deve ser pública. O termo Infraestrutura não exige complementação. Já é pública por essência. Infraestrutura pública é o gênero, tendo como espécies a Infraestrutura privada e a Infraestrutura estatal.

3.2 Infraestrutura Econômica, Social e Crítica

A distinção entre as infraestruturas econômicas e sociais é possivelmente a mais intuitiva. Caso o setor cuide da produção econômica, seria a Infraestrutura econômica. Noutro vértice, se tem caráter social, seria uma Infraestrutura social. É importante aprofundar as relações complexas em que infraestruturas possuem características econômicas e sociais.

Uma rodovia serve para potencializar economicamente uma região e facilitar o transporte de pessoas e cargas e também pode ser crucial para a diminuição de distâncias entre uma comunidade e o hospital de

referência. Um hospital tem caráter nitidamente social, mas também a sua existência garante desenvolvimento econômico pela potencial formação de um polo médico nas redondezas.

Assim, parece ser mais adequado categorizar em infraestruturas tipicamente econômicas e infraestruturas tipicamente sociais. Assim, uma rodovia tipicamente serve para desenvolver economicamente uma região, já um hospital é um ativo tipicamente social. Tudo dependerá das circunstâncias concretas. Um exemplo é uma pequena rodovia que liga um povoado isolado ao centro de um pequeno município do interior. Nesse caso, essa Infraestrutura é tipicamente social, podendo potencializar no futuro o desenvolvimento econômico do povoado.

A tipologia Infraestrutura crítica tem tido cada vez mais atenção da doutrina por sua relevância prática para os países. As infraestruturas críticas são aquelas essenciais em que a interrupção de sua oferta gera danos irreversíveis a toda a Sociedade.

A legislação espanhola, especialmente a partir de ataques terroristas, passou a prever regramento específico sobre o tema. A Ley n. 8/2011, de 28 de abril, estabeleceu medidas para a proteção das infraestruturas críticas. A exposição de motivos da referida legislação evidencia a questão:

> Neste quadro, é crescente a dependência que as sociedades têm do complexo sistema de infraestruturas que suportam e permitem o normal desenvolvimento dos setores produtivos, da gestão e da vida cidadã em geral. Estas infraestruturas tendem a ser altamente interdependentes entre si, razão pela qual problemas de segurança que podem se propagar pelo próprio sistema têm a possibilidade de causar falhas inesperadas e cada vez mais graves nos serviços básicos para a população. A tal ponto que qualquer interrupção indesejada – mesmo que de curta duração e por causas naturais, técnicas ou ataques deliberados – pode ter consequências graves para os fluxos de abastecimentos vitais ou para o funcionamento de serviços essenciais, bem como para de causar perturbações e graves avarias ao nível da segurança, o que é objeto de especial atenção por parte do Sistema Nacional de Gestão de Situações de Crise (Espanha, 2011, tradução minha).

O artigo 2º da aludida lei estabelece as definições de infraestruturas estratégicas e críticas:

> Artigo 2º Definições.
> Para os fins desta Lei, entender-se-á:
> [...]
> d) Infraestruturas estratégicas: as instalações, redes, sistemas e equipamentos físicos e informáticos sobre os quais assenta o funcionamento dos serviços essenciais.
> e) Infraestruturas críticas: infraestruturas estratégicas cujo funcionamento é essencial e não permite soluções alternativas, pelo que a sua perturbação ou destruição teria um impacto grave nos serviços essenciais (Espanha, 2011, tradução minha).

O direito das catástrofes é o ramo jurídico que guarda pertinência com o estudo das infraestruturas críticas. Ataques terroristas, guerras, desastres naturais, etc, são eventos que podem colocar em risco as infraestruturas consideradas críticas:

> O direito das catástrofes é intimamente ligado com as infraestruturas críticas e aparece como um aglutinado de normas a garantir a segurança nacional: assim, transporte, energia e telecomunicações aparecem como algumas das infraestruturas consideradas críticas para a segurança de um país (Carvalho, 2013, p. 171).

Carvalho (2013, p. 179) continua:

> A questão da gestão de riscos, crises e catástrofes nas infraestruturas, embora lateral na concepção das infraestruturas, não deve ser menoscabada. Daí a razão para que também seja um fator a ser considerado pelo poder público no planejamento governamental, devendo promover estudos e projetos prévios que levem em conta essas características, como corolário do próprio desenvolvimento nacional sustentado perseguido pelo ordenamento jurídico.

No artigo produzido em parceria com Varela, a relação do direito dos desastres e das infraestruturas críticas foi pontuada:

> No Brasil, o direito dos desastres relacionado com as infraestruturas ainda possui normatização incipiente e pouco específica nos diversos setores. O que se pode mencionar como exemplo é a Lei Federal n. 12.340/2010, que regulamentou as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades subnacionais para ações de resposta e recuperação nas áreas atingidas por desastres. No artigo 6º, a lei autoriza o DNIT e o Ministério da Defesa a atuar, conjunta ou isoladamente e por solicitação do ente federado afetado, na recuperação, na execução de desvios e na restauração de estradas e outras vias de transporte rodoviário sob jurisdição dos entes subnacionais afetados por desastres. É uma regulamentação específica ao setor de transportes por rodovias (Souza; Varela, 2019, p. 25).

Essas infraestruturas de sobrevivência exercem uma função de super garantias e por isso merecem regulamentação legislativa no Brasil, a fim de proteger a Sociedade de desastres e agressões que possam prejudicar a oferta de serviços básicos e a sobrevivência da população.

3.3 Infraestruturas Quanto ao Impacto Territorial e Quanto ao Ente da Federação Competente

Toda infraestrutura gera um impacto no território em que está encravada. Ocorre que por características setoriais ou mesmo pelo tamanho do projeto infraestrutural, essas infraestruturas podem ser classificadas como locais, regionais, nacionais e transnacionais. A importância de delimitar cada Infraestrutura conforme o impacto gerado no território se justifica pelo grau de regulação jurídica de cada uma das infraestruturas.

A Infraestrutura local é aquela que serve a uma localidade específica, suportando serviços que são prestados em pequeno espaço territorial, geralmente de um Município. Um exemplo é o conjunto de vias que ligam um bairro ao centro da cidade.

A Infraestrutura regional é aquela que impacta uma região específica, que pode se estender em três graus: a região de vários municípios

de pequeno ou médio porte, a região metropolitana e as regiões que envolvem Estados. Uma Infraestrutura ferroviária para transporte de pessoas entre municípios de médio porte, uma rede de metrô em regiões metropolitanas ou a Infraestrutura de uma barragem que serve para fornecer energia elétrica a uma região do país são exemplos de infraestruturas regionais.

A Infraestrutura nacional é aquela que produz impacto em todo o território nacional. A Infraestrutura aeroportuária tem o potencial de garantir o transporte aéreo em todo o território nacional, com aeroportos distribuídos em todas as capitais brasileiras, por exemplo.

Já a Infraestrutura transnacional é aquela que tem o potencial de impactar mais de um país, por exemplo, uma hidrelétrica como Itaipu ou a Infraestrutura portuária utilizada para o comércio transnacional.

De modo mais sintético, Fróes (2011, p. 267) apresenta uma classificação que se refere ao impacto das infraestruturas:

> Dessa nova visão resulta uma classificação dos investimentos bem diferente da tradicional: (1) a infraestrutura de longo alcance; e (2) a infraestrutura local.
>
> As duas classificações estão relacionadas à forma como os equipamentos da infraestrutura pública se inserem no processo de produção de um país.
>
> A chave para o desenvolvimento da infraestrutura de longo alcance é a logística. Ela orienta de forma sistêmica o planejamento dos investimentos das empresas do chamado setor produtivo, visando a alcançar a máxima eficiência quer na produção, quer na circulação de bens. Na esfera da circulação econômica a logística compreende as atividades de coleta, armazenamento, transbordo, transporte e distribuição de bens. O sistema logístico referente à produção completa-se com a geração e a transmissão de energia elétrica (hidrelétrica, de gás natural ou de petróleo) e as telecomunicações de longo alcance, que empregam tecnologias modernas de rádio digital, satélite ou fibras óticas.
>
> No mundo todo a logística transformou-se num poderoso instrumento de decisão gerencial para as grandes companhias multinacionais. Utilizando-se da logística, as empresas decidem o destino de seus investimentos

> de forma a obterem maiores vantagens comparativas em termos de eficiência, eficácia e diferenciação no fornecimento de seus produtos.
>
> A infraestrutura física local compreende as capilaridades do sistema econômico, abrangendo o saneamento básico, disposição e tratamento de lixo, distribuição de gás e eletricidade, transporte urbano e intermunicipal e a chamada infraestrutura social (saúde, habitação, segurança, escola etc.).

Por sua vez, a classificação de infraestruturas quanto ao ente político competente tem como fonte a legislação de cada país, mas deve guardar um relacionamento com as infraestruturas classificadas conforme o impacto territorial gerado. De toda sorte, tem-se as infraestruturas federais, estaduais e municipais.

No Brasil, as infraestruturas federais são as de competência da União, que envolvem geralmente ativos de impacto transnacional, nacional ou regional de grau interestadual.

As infraestruturas estaduais, de competência dos Estados, devem cuidar de ativos de impacto regional de grau intermunicipal ou metropolitano. No caso de impacto regional metropolitano ou entre municípios de pequeno ou médio porte, a competência dos Estados poderá ser exercida, mas dependerá de uma concertação com os Municípios envolvidos, que poderão se organizar por meio de instituições admitidas pelo ordenamento jurídico, tais como os consórcios municipais ou as regiões metropolitanas.

As infraestruturas municipais são as de competência dos Municípios, cuja abrangência se dá naquelas encravadas no território municipal e cujo impacto seja local.

Registre-se não haver impeditivo para a delegação da operação ou da manutenção de uma determinada Infraestrutura para ente da Federação diverso, uma espécie de cooperação interfederativa. Todos os arranjos interfederativos podem ser construídos no sentido de a Infraestrutura melhor servir às finalidades para as quais foi construída.

3.4 Infraestrutura Artificial e Natural

Vários autores afirmam que uma das características elementares das infraestruturas é a artificialidade, não se admitindo a existência de infraestruturas naturais. Cita-se o entendimento de Buzanello, de Martínez e também de Carvalho:

> Para ser considerada uma infraestrutura a estrutura ou instalação deve ser artificial, isto é, o objeto deve ter recebido alguma contribuição ou engenho humano. Não se exige integralidade na artificialidade. Por exemplo, uma trilha que foi descampada para passagem de carros ou carroças, embora não tenha sido asfaltada e sinalizada sofreu engenho humano artificial e se porta como uma infraestrutura (Buzanello; Rocha, 2022, p. 124).
>
> A infraestrutura é um bem, uma coisa. Mas não uma coisa natural, mas construída pelo homem, embora algo da natureza possa fazer parte dela. Por exemplo, hoje um porto com relevância comercial é uma grande infraestrutura composta por docas e água, no mínimo. A água é um bem da natureza, mas os píeres são feitos pelo homem. Todos esses ativos em conjunto, e outros que não precisam ser mencionados, compõem a infraestrutura portuária (Martínez, 2023, p. 3, tradução minha).

Cumpre mencionar que existem diversas teorias sobre as infraestruturas que se baseiam no conceito de livre acesso, sobretudo com fulcro nos estudos de Brett Frischmann sobre uma nova visão de infraestrutura aplicada aos recursos ambientais. Não é nesse sentido que a infraestrutura é ora analisada, por faltar-lhes um elemento de artificialidade necessária, ou seja, uma parte da contribuição ou engenho humano que caracteriza algo de utilização comum como infraestrutura. Não se exige, dessa forma, que a infraestrutura seja integralmente artificial: uma hidrovia, por exemplo, pode ser considerada uma infraestrutura, ainda que se valha, substancialmente, de um bem público natural – a água. Há, nesse caso, o componente de incremento, de engenhosidade humana, em utilizá-la de forma a promover o transporte e, assim, o desenvolvimento. É o que ocorre, outrossim, com uma

> estrada de terra. Porém, não se pode dizer que o alto-mar ou o Rio Amazonas são infraestruturas em seu estado "natural" – mas caso haja alguma modificação a fim de que sejam usados de forma a atender às necessidades humanas, pode-se cogitar como uma modalidade de infraestrutura marítima ou fluvial. É o caso do aumento de calado dos portos ou do serviço de dragagem para se permitir a atracação de navios maiores, por exemplo (Carvalho, 2013, p. 112).

De modo minoritário e incipiente, em um movimento de ligação entre o mundo natural e o mundo construído pelo homem, defende-se a existência da Infraestrutura natural, que serve à Sustentabilidade, e merece proteção jurídica.

Em geral, as infraestruturas são artificiais, resultantes de intervenção humana na sua criação, operação e manutenção. Pode-se admitir que um rio é um elemento infraestrutural, mas que exige para ser considerado uma Infraestrutura de transporte marítimo outros elementos que no seu conjunto compõem uma Infraestrutura. E nesse ponto resta clara a distinção entre um bem e uma Infraestrutura.

A denominada Infraestrutura natural merece ser aprofundada, pois tem o potencial de trazer ao debate o conjunto de bens e serviços ambientais decorrentes de redes naturais. Assim, enquanto uma garantia de desenvolvimento de espaços naturais, pode-se falar sim em uma Infraestrutura natural, mas que para nós ganha potência jurídica sob a perspectiva de Infraestrutura Verde.

4 Infraestrutura Verde e Sustentabilidade

Na linha da distinção entre Infraestrutura artificial e Infraestrutura natural, aponta-se a Infraestrutura Verde como um caminho de aproximação conceitual para potencializar a Sustentabilidade e a proteção do meio ambiente. Como afirma Aragão (2016):

> Tal e qual como as redes portuárias, aeroportuárias, rodoviárias, ferroviárias, elétricas e analógicas e digitais, que são infraestruturas artificiais em rede, também a base de suporte verde e azul pode ser vista como uma

> infraestrutura natural em rede que, além do mais, presta serviços valiosos: os serviços ecossistémicos.

Brent Frischmann (2008, p. 151-178) discorre sobre a teoria da Infraestrutura aplicada aos recursos ambientais. Para ele as infraestruturas são bens não rivais, ou parcialmente não rivais, sendo compartilháveis entre uma gama de usuários, por toda a Sociedade. Ele traz a reflexão sobre a possibilidade de ser considerado como Infraestrutura ambiental o conjunto de recursos naturais que prestam relevantes serviços ecossistêmicos.

A Infraestrutura natural não se confunde com a Infraestrutura Verde, muito embora se possa afirmar que a natural é verde, mas nem toda Infraestrutura Verde é natural. A Infraestrutura Verde é aquela que de modo preponderante é naturalmente produzida, muito embora possa ter elementos artificiais, sendo operada e mantida mediante processos adequados à sustentabilidade e ao meio ambiente.

A piora nas condições de vida, especialmente nas cidades, tem levado a um debate sobre esse tipo de Infraestrutura e a novas exigências sociais. Martínez (2023, p. 9, tradução minha) explica que "[...] esta preocupação com o ambiente e com o desenvolvimento sustentável deu origem às infraestruturas verdes. O crescimento excessivo e desordenado das cidades causou impacto negativo no padrão de vida do homem urbano".

Por sua vez, a categoria Sustentabilidade nasce de um projeto de cunho exclusivamente ambiental, no sentido de garantir o uso racional dos recursos naturais para as presentes gerações sem impedir seu usufruto pelas gerações futuras. Todavia, o desenvolvimento conceitual traz à tona uma sustentabilidade multidimensional. As dimensões, além da ecológica, são a econômica, social, cultural, político-jurídica e tecnológica (Real Ferrer; Glasenapp; Cruz, 2014, p. 1.456).

A Sustentabilidade, como verdadeiro vetor paradigmático para o direito, nas suas múltiplas dimensões, notadamente a econômica, social e ambiental, se relaciona com a Infraestrutura na linha de Juarez Freitas (2016, p. 35):

> [...] estatui, com eficácia direta e imediata, em primeiro lugar, o reconhecimento da titularidade dos direitos

> daqueles que ainda não nasceram. Em segundo lugar, impõe assumir a ligação de todos os seres, acima das coisas, e a inter-relação de tudo. De fato, uma das lições mais significativas das ciências ambientais é de que todas as coisas são interdependentes. Em terceiro lugar, o princípio determina sopesar os benefícios, os custos diretos e as externalidades, ao lado dos custos de oportunidade, antes de cada empreendimento.

Pode-se correlacionar as infraestruturas verdes com o impacto territorial que promovem. Assim, em uma escala local, estão previstos parques, jardins, telhados verdes, lagoas, riachos, florestas, cercas vivas, prados, áreas contaminadas restauradas e dunas costeiras, que oferecem diversos serviços ecossistêmicos. Além disso, como elementos de conexão, são incluídas pontes verdes e escadas de peixes. Em uma escala regional ou nacional, seriam incluídas grandes áreas naturais protegidas, grandes lagos, bacias hidrográficas, florestas de alto valor natural, pastagens extensivas, áreas agrícolas de baixa intensidade e sistemas de dunas e lagoas costeiras, entre outros. Por fim, em uma escala transnacional, são incluídas, por exemplo, bacias hidrográficas internacionais, florestas e cordilheiras.

4.1 A Legislação Europeia sobre Infraestrutura Verde

Na União Europeia se trabalha com a chamada Rede Natura 2000, que é uma "rede ecológica europeia coerente de zonas especiais de preservação" (Aragão, 2016). A Comissão Europeia fez uma importante publicação sobre como construir uma Infraestrutura Verde para a Europa (Comisión Europea, 2014). Nesse documento se apresenta o conceito de Infraestrutura Verde:

> A infraestrutura verde pode ser definida, em termos gerais, como uma rede estrategicamente planejada de áreas naturais e seminaturais de alta qualidade com outros elementos ambientais, projetadas e gerenciadas para fornecer uma ampla gama de serviços ecossistêmicos e proteger a biodiversidade em assentamentos rurais e urbanos. Mais especificamente, como uma estrutura

> espacial que gera benefícios da natureza para as pessoas, a infraestrutura verde visa aumentar a capacidade da natureza de fornecer bens e serviços ecossistêmicos múltiplos e valiosos, como água ou ar limpos (Comisión Europea, 2014, p. 7, tradução minha).

No mesmo documento se adverte para o fato de que nem todo espaço verde tem o potencial de ser uma Infraestrutura Verde:

> No entanto, é importante ter em conta que nem todos os espaços verdes ou elementos ambientais são adequados para constituir uma infraestrutura verde. Além de serem de alta qualidade, eles devem ser parte integrante de uma rede de infraestrutura verde interconectada e ser capazes de oferecer mais do que apenas 'espaço verde'. Um parque urbano dentro de uma cidade, por exemplo, pode ser parte de uma infraestrutura verde desde que funcione como um corredor para o ar frio, absorva o excesso de água de escoamento e ofereça uma área externa atraente para recreação e vida selvagem. No entanto, um campo de grama uniforme que não contém nenhum outro elemento ambiental dificilmente pode ser considerado uma Infraestrutura Verde (Comisión Europea, 2014, p. 9, tradução minha).

Sánchez (2018, tradução minha) refere-se ao novo conceito, inclusive previsto na legislação espanhola:

> A infraestrutura verde constitui um novo modelo de gestão do território e dos recursos naturais que visa preservar a biodiversidade para garantir múltiplos benefícios aos seres humanos. Este conceito foi introduzido na União Europeia em 2013 e na Espanha na reforma de 2015 da Lei do Patrimônio Natural e da Biodiversidade, que prevê a elaboração da Estratégia Estatal de Infraestrutura Verde e da Conectividade e Restauração Ecológicas.

De fato, a Lei n. 33/2015, de 21 de setembro, que altera a Lei n. 42/2007, de 13 de dezembro, do Patrimônio Natural e da Biodiversidade (Espanha, 2015, tradução minha), incorpora ao ordenamento jurídico espanhol o conceito de Infraestrutura Verde. Mais especificamente, introduz um novo Capítulo III, com um novo artigo 15, no Título I, que

trata da "Estratégia Estatal de Infraestrutura Verde e Conectividade e Restauração Ecológicas", estabelecendo seus objetivos, conteúdo e elaboração. Nesse sentido, essa lei introduz na legislação espanhola a categoria Infraestrutura Verde e estabelece uma estratégia nacional para promover a conectividade e a restauração ecológica. Isto visa a proteger e preservar o patrimônio natural e a biodiversidade do país.

No mesmo sentido, o artigo 4º, a), do Decreto-Lei n. 142, de 24 de julho de 2008, que aprova a lei portuguesa relativa à conservação da natureza e da biodiversidade prevê que o património natural de Portugal é uma "[...] infraestrutura básica integradora dos recursos naturais indispensáveis ao desenvolvimento social e económico e à qualidade de vida dos cidadãos" (Portugal, 2008). Ainda nos termos da aludida lei, os recursos naturais são "[...] os componentes ambientais naturais com utilidade para o ser humano e geradores de bens e serviços, incluindo a fauna, a flora, o ar, a água, os minerais e o solo".

4.2 Infraestrutura Verde Como Garantia de Sustentabilidade

O direito e o aprofundamento dos estudos jurídicos sobre Infraestrutura, se voltados para o interesse público e ao bem-estar social, visam a delimitar conceitualmente categorias jurídicas infraestruturais, moldar arranjos normativos e institucionais e conferir segurança jurídica para os atores da atividade de Infraestrutura. Trata-se da configuração de uma governança pública voltada ao desenvolvimento e à Sustentabilidade.

A Infraestrutura Verde é um poderoso instrumento para a Sustentabilidade e para garantir a implementação de direitos fundamentais econômicos e sociais. Há de se conferir potência jurídica a esta categoria. A responsabilidade de longo prazo deve permear o processo decisório e de governança do Estado de Direito. Dal Pozzo (2020) sintetiza esse aspecto:

> A atividade administrativa de infraestrutura é, por essência, prospectiva. A administração de infraestruturas visa ao futuro; jamais ao passado e nunca exclusivamente o

> presente. A necessidade atual de infraestruturas serve para proporcionar um futuro melhor. Trata-se de atividade que é desempenhada tendo em vista a durabilidade e a estabilidade das relações sociais.

É a partir da ideia de Sustentabilidade que se pode delimitar a categoria Infraestrutura Verde, acrescentando para a atividade infraestrutural os aspectos essenciais de proteção ambiental para a construção, exploração e manutenção dos ativos de Infraestrutura.

A ideia de garantia deve ter um papel central em toda reflexão sobre o direito, pois o aproxima da realidade. As Constituições e as demais normas do ordenamento jurídico, por meio de elementos expressos ou implícitos, denotam garantias de seus valores fundamentais e dos direitos básicos das pessoas:

> Para promover a efetividade das normas constitucionais e, em especial, as normas de direitos fundamentais, há necessidade de criação de garantias sociais, políticas e jurídicas. As garantias sociais encontram-se satisfeitas quando o Estado e a sociedade concedem as condições materiais adequadas para os seus membros. Desse modo, há necessidade de geração de riqueza e sua distribuição (Marrafon; Robl Filho, 2020, p. 284).

A função de garantia está englobada por subfunções tais como de limitação, de projeção, de promoção e de implementação. A Infraestrutura Verde tem o potencial de promover e implementar os direitos vinculados ao desenvolvimento econômico e social vinculados ao paradigm da Sustentabilidade.

O garantismo inerente à Infraestrutura a afasta do casuísmo político e a aproxima das reais necessidades econômicas e sociais vinculadas à Sustentabilidade. Ferrajoli (2011, p. 41) aponta para a dificuldade de garantia dos direitos sociais:

> Certamente, a enunciação constitucional dos direitos sociais a prestações públicas positivas não foi acompanhada pela elaboração das adequadas garantias sociais ou positivas, isto é, de técnicas de defesa e de justiciabilidade comparáveis àquelas apresentadas pelas garantias liberais ou negativas para a tutela dos direitos

> de liberdade. O desenvolvimento, no século XX, do Welfare State aconteceu, em grande parte, por meio do simples alargamento dos espaços de discricionariedade dos aparatos burocráticos, e não já por meio de instituições e técnicas de garantias apropriadas aos novos direitos. Ainda menos foram realizadas garantias para sustentar os direitos humanos estipulados pelas cartas internacionais, os quais são testemunhos de uma total inefetividade. Mas isso quer somente dizer que existe uma diferença abissal entre norma e realidade, que deve ser colmatada ou, quando menos, reduzida enquanto fonte de deslegitimação não somente política, mas também jurídica, dos nossos ordenamentos.

Além da garantia judicial, é necessário o aprofundamento das garantias materiais sociais e políticas dos direitos fundamentais:

> A teoria da constituição da efetividade brasileira adequadamente valorizou a promoção dos direitos fundamentais por meio de ações judiciais. De outro lado, não aprofundou, pelo menos não na mesma intensidade, a) a reflexão sobre as garantias sociais e políticas; e b) não analisou de forma sistemática e profunda o impacto da judicialização dos conflitos na efetividade dos direitos fundamentais (Marrafon; Robl Filho, 2020, p. 285).

Freire (1997, p. 107, tradução minha) analisa o objeto da garantia:

> O objeto da garantia, que é a primeira forma pela qual se realiza a garantia, é constituído pelos diversos elementos jurídicos que são protegidos ou de alguma forma protegidos pelo ordenamento jurídico em sua função de garantia ou, em outros termos, os pressupostos jurídicos a que a garantia se refere, quer porque seja reclamada antes da afetação de determinado bem, quer porque se pretenda a sua promoção.

Os ativos infraestruturais, constituídos nos bens materiais e imateriais voltados para a finalidade de desenvolvimento e de Sustentabilidade, são as garantias propriamente dos direitos econômicos e sociais, e se defende aqui sua categorização como bens fundamentais.

Esse aspecto se reforça ainda mais na discussão sobre Infraestrutura Verde, pois o meio ambiente é um bem fundamental comum e que pode sob a perspectiva infraestrutural também ser um bem social promovendo desenvolvimento. Ferrajoli (2011, p. 54) diferencia os bens patrimoniais dos bens fundamentais:

> Podemos chamar de bens patrimoniais os bens disponíveis no mercado através de atos de disposição ou de troca, a par dos direitos patrimoniais dos quais são o objeto, a cujos titulares é portanto reservado o seu uso e gozo. Chamarei por outro lado de bens fundamentais os bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: como o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade e, ainda, os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados "essenciais" ou "salva-vidas" e similares.

O jurista italiano aponta a existência de três classes de bens fundamentais: 1) os bens personalíssimos, que são objeto de direitos passivos consistentes unicamente em rígida imunidade ou liberdade da sua violação, como os órgãos do corpo humano; 2) os bens comuns, que são objeto de direito ativos de liberdade, como o ar, o clima e outros bens ecológicos; e 3) os bens sociais, que são objeto de direitos sociais à subsistência e à saúde garantidos pela obrigação da sua prestação, como a água, os alimentos básicos e os medicamentos essenciais (Ferrajoli, 2011, p. 57-58).

Assim, a Infraestrutura Verde, seja no aspecto natural ou na perspectiva de conformação ambiental da Infraestrutura construída pelo ser humano, tem o potencial de garantir um desenvolvimento qualificado como sustentável, permitindo que as atuais e as futuras gerações usufruam dos bens fundamentais e tenham uma vida digna.

O controle jurisdicional da atividade administrativa e a ampla exigibilidade daí decorrente permite supor que a garantia judicial pode determinar à Administração Pública a proteção de interesses difusos e coletivos por meio da implementação de infraestruturas verdes. Como bem sintetiza Ferrajoli (2011, p. 30):

> A história do constitucionalismo é a história desse progressivo alargamento da esfera pública dos direitos. Uma história não teórica, mas social e política, dado que nenhum desses direitos caiu do céu, mas todos foram conquistados por rupturas institucionais: as grandes revoluções americana e francesa, depois as medidas oitocentistas para os estatutos, por fim as lutas operárias, feministas, pacifistas e ecológicas dos novecentos.

5 Considerações Finais

O presente artigo discorreu sobre a relação da categoria Infraestrutura Verde e o Direito ao Desenvolvimento, delimitando os conceitos e as principais características. O objetivo foi examinar a função de garantia da Infraestrutura Verde na promoção de desenvolvimento e Sustentabilidade com a implementação de direitos fundamentais econômicos e sociais.

Demonstrou-se de início as principais características, a origem e a evolução do Direito ao Desenvolvimento, privilegiando o aspecto de Sustentabilidade incorporado à noção de desenvolvimento a partir do Relatório Brundtland de 1987.

Além disso, ficou evidente a relação entre Infraestrutura e Desenvolvimento, pois no próprio conceito de Infraestrutura, vislumbrada a partir de uma tríplice função, a Sustentabilidade é elemento essencial.

Examinou-se também as tipologias da categoria Infraestrutura, mediante o ponto de vista da relevância jurídica no escopo de se chegar à Infraestrutura Verde. Assim, as classificações de Infraestrutura pública, estatal e privada permitiram a defesa de uma Infraestrutura de caráter público, independentemente se de titularidade estatal ou privada. Além dessa, a Infraestrutura econômica, social e crítica, onde foi apresentada a ideia de infraestruturas tipicamente econômicas e tipicamente sociais, pois pode haver elementos sociais em uma Infraestrutura de caráter econômico e vice-versa. Já a categoria Infraestrutura crítica é de extrema importância, pois conjuga o conjunto de normas e ações necessárias à proteção jurídica daquelas infraestruturas que não podem

ter solução de continuidade, havendo correlação com o direito dos desastres. A legislação brasileira reclama colmatação para prever a regulamentação das infraestruturas críticas. Além disso, tratou-se das infraestruturas local, regional, nacional e transnacional, conforme o impacto da ativo público, bem como das infraestruturas municipais, estaduais e federais, conforme o ente da federação responsável, realçando-se a necessidade de cooperação federativa. Por fim, nesse tópico, foram introduzidos os tipos Infraestrutura artificial e natural. A artificialidade é característica aceita pela doutrina como ínsita às infraestruturas, todavia mais recentemente tem se desenvolvido a ideia de Infraestrutura natural, que para nós é o estágio inicial da categoria Infraestrutura Verde.

No último item do trabalho, a análise fica por conta da relação entre Infraestrutura Verde e Sustentabilidade, ocasião em que o conceito em construção de Infraestrutura Verde foi dirimido a partir de uma perspectiva da experiência europeia. No ponto, para além do disposto na legislação espanhola e portuguesa, bem como pelo informe da Comissão Europeia, defende-se a Infraestrutura Verde como o conjunto de ativos naturais ou que tenham elementos artificiais que se organizam e se mantêm voltados para a Sustentabilidade, bem como para apoiar processos ecológicos e serviços ecossistêmicos.

Por conseguinte, a Infraestrutura Verde pode ser definida como uma garantia substancial para a implementação de direitos econômicos, sociais e ambientais voltados para o desenvolvimento e a Sustentabilidade.

Referências

ARAGÃO, Alexandra. A natureza também é uma infraestrutura (a infraestrutura verde). *In*: MILARÉ, Édis Milaré; MORAIS, Roberta Jardim de; ARTIGAS, Priscila Santos. **Infraestrutura no Direito do Ambiente**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016. E-book. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106557702/v1/document/110754070/anchor/a-110754070. Acesso em: 17 maio 2023.

BUZANELLO, José Carlos; ROCHA, Pedro Henrique Barbosa. Preâmbulos teóricos do direito da infraestrutura. **Revista de Direito da Administração Pública**, [*s.l.*], v. 1, n. 1, 2022. Disponível em: http://redap.com.br/index.php/redap/article/view/282/238. Acesso em: 12 maio 2023.

CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. 2013. 612p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-27112013-152626/publico/Andre_Castro_Carvalho_Infraestrutura_publica_completa.pdf. Acesso em: 12 maio 2023.

COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Medio Ambiente. **Construir una infraestructura verde para Europa**. Oficina de Publicaciones, 2014. Disponível em: https://data.europa.eu/doi/10.2779/2738. Acesso em: 29 maio 2023.

DAL POZZO, Augusto Neves. **O Direito Administrativo da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. E-book Kindle.

ESPANHA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Ley n. 8, de 28 de abril de 2011**. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7630&tn=1&p=20220729. Acesso em: 22 maio 2023.

ESPANHA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Ley n. 33, 2015, de 21 de septiembre de 2015**. Disponível em: https://www.boe.es/eli/es/l/2015/09/21/33/con. Acesso em: 1º jun. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Traduzido por Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

FRISCHMANN, Brett M. Environmental Infrastructure. **Ecology Law Quarterly**, [*s.l.*], v. 35, n. 2, p. 151-178, 2008.

FRÓES, Fernando. Infraestrutura Pública: Conceitos, Importância e a Intervenção Governamental. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 257-340.

ISA, Felipe Gómez. **El derecho al desarollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional.** Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constituição e efetividade dos direitos fundamentais: caminhos para superação da perspectiva tradicional do direito constitucional brasileiro a partir do princípio da factibilidade e do desenvolvimentismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [*s.l.*], v. 6, n. 11, p. 278-297, 3 nov. 2020. Disponível em: https://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/95. Acesso em: 9 jun. 2023.

MARTINELLI, Adriano Justi. O direito humano e fundamental ao desenvolvimento e o seu regime jurídico. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [*s.l.*], v. 4, n. 7, p. 401-438, 3 nov. 2020. Disponível em: https://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/58. Acesso em: 9 jun. 2023.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Infraestructura como palanca de desarrollo. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, São Paulo, n. 24. p. 185-209, Ed. RT, jan.-mar. 2023.

MENEGAT, Fernando. Direito e infraestrutura – Propostas de (in)definição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, [*s.l.*], ano 13, n. 50, p. 127-147, abr.-jun. 2015. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/20852/33332. Acesso em: 17 maio 2023.

PORTUGAL. Diário da República Eletrônico – DRE. **Decreto-Lei n. 142, de 24 de julho de 2008.** Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/142-2008-454502. Acesso em: 25 maio 2023.

REAL FERRER, Gabriel; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: Um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos,** Itajaí, SC, v. 19, n. 4, p. 1.433-1.464, 2014. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6712. Acesso em: 2 jun. 2023.

SÁNCHEZ, Dionisio Fernández de Gatta. La Estrategia Estatal De Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas: Un nuevo instrumento para proteger la biodiversidad. **Actualidad Jurídica Ambiental**, [*s.l.*], n. 81, 2018, Sección Comentarios, 2008. Disponível em: https://doi.org/10.56398/ajacieda.00251. Acesso em: 1º jun. 2023.

SOUZA, Alisson de Bom de; VARELA, Felipe Wildi. Infraestrutura, Desastres e a Sustentabilidade. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 8, p. 13-28, 2019. Disponível em: https://www.pge.sc.gov.br/wp-content/uploads/2020/01/REVISTA-PGE-2019.pdf. Acesso em: 24 maio 2023.

Alisson de Bom de Souza

Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Máster Universitario em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha. Especialista em Direito Público pela Univali-Esmafesc e Especialista em Direito Constitucional pela Unisul-LFG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de Santa Catarina.

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

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

Recebido em: 03/07/2023

Aceito em: 03/08/2023

Como referenciar este artigo

SOUZA, Alisson de Bom de. Infraestrutura Verde. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 239-268, dezembro de 2023.

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

O Julgamento da ADPF 708 (Fundo Clima) pelo STF Brasileiro na Perspectiva do Direito Constitucional Contemporâneo

Evandro Régis Eckel[1]
Ricardo Stanziola Vieira[2]

[1]Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil
[2]Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Resumo

Objetiva-se, no presente artigo, analisar o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, da ADPF 708, relativa à paralisação do Fundo Clima pelo último governo da União, como ilustrativo do Direito Constitucional contemporâneo, da nova interpretação constitucional e do fenômeno da constitucionalização do Direito no Estado Democrático Constitucional. Quanto à metodologia empregada, utilizou-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Interpretação Constitucional; Discricionariedade Administrativa; Mudanças Climáticas; ADPF 708.

The Judgment of ADPF 708 (Climate Fund) by the Brazilian Supreme Court from the Perspective of Contemporary Constitutional Law

Abstract

The aim of this article is to analyse the judgment of the Brazilian Supreme Court (STF) on ADPF 708, concerning the paralysis of the Climate Fund by the last government of the Union, as an illustration of contemporary Constitutional Law, the new constitutional interpretation and the phenomenon of the constitutionalization of Law in the Constitutional Democratic State. As for the methodology employed, the deductive method was used.

Keywords*: Neo-constitutionalism; Constitutional Interpretation; Administrative discretion; Climatic Changes; ADPF 708.*

1 Introdução

O desmatamento é responsável por aproximadamente um quarto das emissões globais de Gases de Efeito Estufa (GEE), contribuindo para as mudanças climáticas. No Brasil, o desmatamento é a principal fonte dessas emissões, sobretudo na Amazônia, e voltou a crescer nos últimos anos, face ao aumento de atividades ilegais de extração de madeira, mineração e grilagem de terras.

Pretende-se, aqui, examinar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 708, histórico para o Direito Ambiental e da Sustentabilidade, no bojo do Direito Constitucional contemporâneo, denominado por alguns como "neoconstitucionalismo" ou novo constitucionalismo, que surge após a Segunda Guerra Mundial e pode ser caracterizado por três marcos fundamentais, o histórico, o teórico e o filosófico. Este último é marcado pelo paradigma do pós-positivismo, um conjunto heterogêneo e abrangente de ideias, notadamente, a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, atenta a essas peculiaridades, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais fundada no postulado da dignidade humana. No plano teórico, destacam-se três grandes transformações na aplicação do Direito Constitucional, que são o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional mediante a elaboração de novas categorias adequadas às suas especificidades, especialmente o reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas.

Especificamente no que diz respeito à expansão da jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos dos Poderes pelo Poder Judiciário, destaca-se, aqui, a criação de novas ações de controle de constitucionalidade, a exemplo da ADPF, prevista na Constituição de 1988 (CRFB/88), cujas noções e principais delineamentos serão abordados, ainda que não de modo exaustivo.

Enfim, nesse processo do constitucionalismo contemporâneo e da nova interpretação constitucional, busca-se situar o precedente da

ADPF 708, na qual o STF do Brasil foi instado a decidir sobre a paralisação do Fundo Clima pelo último governo da União. Para tanto, foram analisados os principais aspectos do julgamento. Quanto à metodologia empregada, utilizou-se o método dedutivo.

2 Neoconstitucionalismo, Estado Democrático de Direito e a Nova Interpretação Constitucional

Em estudo sobre as transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico, Barroso (2005, p. 3) observa que o novo direito constitucional, ou neoconstitucionalismo, desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, com a reconstitucionalização daquele continente, imediatamente após a Segunda Grande Guerra, redefinindo-se o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal alemão, instalado em 1951.

Marco histórico desse processo, no Brasil, foi a redemocratização, que culminou na Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário para um Estado democrático de direito. A Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país, e, apesar dos percalços e de dois processos de *impeachment*, não houve, até aqui, a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional (Barroso, 2005, p. 4).

O marco filosófico desse novo direito constitucional foi o pós-positivismo, cuja caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo, tidos como opostos, mas, em verdade, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é caracterizada pela superação dos modelos puros de jusnaturalismo e do positivismo, por um conjunto difuso e abrangente de ideias. Barroso (2005, p. 5) sublinha que Casamiglia denomina de pós-positivistas as teorias contemporâneas que acentuam os problemas da indeterminação do Direito e as relações entre este, a moral e a política.

Lembre-se que Hans Kelsen, em busca de objetividade científica, valeu-se do positivismo para equiparar o Direito à lei, afastando-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça. Sua teoria dominou o pensar jurídico da primeira metade do século XX.

Pode-se afirmar que o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o Direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Segundo Barroso (2005, p. 6), nesse ambiente de superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia. Pioneiro dessa "virada kantiana", foi o livro "*Uma Teoria da Justiça*", de John Rawls, publicado em 1971, em que se empreendeu a reaproximação entre Ética e Direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. Contribuíram, também, Ronald Dworkin, com sua obra "*Levando os direitos a sério*", de 1977, e Robert Alexy, na sua "*Teoria dos direitos fundamentais*", de 1986.

Conforme aponta Barroso (2005, p. 6), incluem-se no conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma pós-positivista em construção: a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito

constitucional, a saber: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, com a elaboração de diferentes categorias (Barroso, 2005, p. 6).

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, "[...] um convite à atuação dos Poderes Públicos" (Barroso, 2005, p. 7). Kelsen (2000b, p. 249) escreveu, em sua "*Teoria Pura do Direito*", que as Constituições positivas não raramente prescrevem e excluem determinados conteúdos às futuras leis, mas, no primeiro caso, "[...] geralmente apenas existe uma promessa de lei a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis".

Desse modo, a concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Poder Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Com a evolução do Direito Constitucional, as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. Registra Barroso (2005, p. 7) que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis entre as pretensões de normatividade do constituinte e as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.

Teve grande influência para esse processo o texto de Konrad Hesse, objeto de sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, em 1959, sobre a força normativa da Constituição, em oposição à tese de Lassale, para quem as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas questões políticas, e a Constituição jurídica não passaria de um pedaço de papel, e cuja capacidade de regular estaria limitada à sua compatibilidade com a Constituição real, constituída pelos fatores reais de poder. Essa negação da Constituição jurídica e do Direito Constitucional, segundo Hesse (1991, p. 9-12), o descaracteriza como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência

do ser, restando-lhe apenas constatar os fatos criados pela *Realpolitik*. Essa doutrina afigura-se desprovida de fundamento se se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.

Criticando o isolamento radical entre norma e realidade, e assim tanto o reducionismo formal-positivista de Laband e Jellinek (à ordenação, ao plano do dever-ser), quanto o "positivismo sociológico" de Carl Schmitt (realidade, o plano do ser), sustenta Hesse (1991, p. 1.306) a necessidade de renunciar a essa rigorosa alternativa, afirmando a existência de um condicionamento recíproco, uma mútua determinação entre a Constituição real e a Constituição jurídica, numa relação de interdependência. A pretensão de eficácia da norma constitucional, embora não possa ser separada das condições históricas da sua realização, constitui elemento autônomo, não se confundindo com essas condições, permitindo que a Constituição imprima ordem e conformação à realidade política. Portanto, a Constituição jurídica tem significado próprio. Adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.

Hesse (1991, p. 18-19) analisa a tese de Humboldt para admitir o limite da força normativa da Constituição na "natureza singular do presente", na adaptação inteligente a uma dada realidade histórica, mas compreende que Constituição jurídica pode impor tarefas e estabelecer metas, que podem ser realizadas, convertendo-se, ela mesma, em força ativa, se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a "vontade de Constituição". Esta traduz a possibilidade da força normativa da Constituição. É seu pressuposto de desenvolvimento, ao lado de questões de conteúdo, a práxis constitucional, ou seja, exige-se que todos os partícipes da vida constitucional partilhem da vontade de Constituição (Hesse, 1991, p. 20-22). Essa é a maior garantia de sua força normativa.

A interpretação tem significado decisivo para consolidação e preservação da força normativa da Constituição, estando submetida ao princípio da "ótima concretização da norma", que obviamente não pode ser aplicado com base na subsunção lógica. "A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da

proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação" (Hesse, 1991, p. 22-23). A interpretação construtiva é, portanto, necessária. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Adverte, porém, que, ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa.

Graças ao elemento normativo, a Constituição ordena, influi e conforma a realidade política e social. A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação a essa realidade. Não é, pois, simples pedaço de papel. O Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição, logo, não está obrigado a abdicar de sua posição como disciplina científica. Não é mera ciência da realidade, tampouco mera ciência normativa; contém essas duas características, devendo preservar a consciência dos seus limites, examinar todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, assumindo visão crítica e evitando o surgimento de ilusões perigosas sobre questões fundamentais do Estado, que ameaçam um elenco de princípios basilares da Lei Fundamental, e que constituem cláusulas pétreas (Hesse, 1991, p. 24-25 e 29).

O Direito Constitucional cumpre o seu mister de modo adequado, para Hesse (1991, p. 27), não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas "[...] quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder". Em outros termos, o constitucionalista vai dizer que essa ciência "[...] deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional [...]", competindo-lhe "[...] realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição, que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa [...]" (Hesse, 1991, p. 27), tarefa, de resto, confiada a todos.

Ao lado desse reconhecimento da força normativa da Constituição, ocorre, também, a expansão da jurisdição constitucional. Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.

A partir do final da década de 1940, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da "representação de inconstitucionalidade" era monopólio do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com essa hegemonia, prevendo um expressivo elenco de legitimados ativos no seu artigo 103. A isso, somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (Barroso, 2005, p. 8-9).

Como terceira transformação no Direito Constitucional, aborda Barroso (2005, p. 9-10) a temática da nova interpretação constitucional, que parte da premissa de que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas. Em virtude da sua especificidade, doutrina e jurisprudência, desenvolveram um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. São princípios de natureza instrumental, e não material. Pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição,

o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e proporcionalidade, e o da efetividade.

São categorias dessa nova interpretação constitucional as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, os princípios (em contraste com as regras), a colisão de normas constitucionais, que conduz à necessidade da ponderação e à utilização da razoabilidade e da proporcionalidade para superação dessa colisão, e a argumentação.

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Sublinha Barroso (2002, p. 158) que, "[...] por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental".

A ideia de supremacia constitucional tem seu fundamento associado a dois relevantes conceitos elaborados nos primórdios da ciência constitucional: a distinção entre poder constituinte e constituído, e entre Constituições rígidas e flexíveis.

Atribui-se a formulação original da primeira distinção ao abade Sieyès (2001), no seu clássico opúsculo "*O que é o Terceiro Estado*". Só a nação tem o direito de fazer a Constituição, a nação existe antes de tudo e é a origem de tudo. A Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte, e é nesse sentido que as leis constitucionais são fundamentais. Os representantes ordinários da nação, ou seja, o poder ou o corpo constituído, são encarregados de exercer, nas formas constitucionais, essa porção da vontade comum que é necessária para a manutenção de uma boa administração; seu poder se limita aos assuntos do governo. Os representantes extraordinários, por sua vez, terão um poder que a nação lhes dará como lhe aprouver, confiando-lhes os poderes necessários a essas raras ocasiões. É um poder especial, e por um determinado tempo. Aqui a realidade é tudo e a forma é nada, pois eles não estão obrigados às formas constitucionais, enquanto a legislatura ordinária só poderá mover-se nas condições e formas que lhe são impostas.

> Um corpo submetido a formas constitutivas só pode decidir alguma coisa segundo a Constituição. Não pode dar-se outra. Deixa de existir a partir do momento em que se move, que fala, atua de forma diferente das que lhe foram impostas (Sieyès, 2001, p. 55).

Também condena a confusão entre eventual exercício do poder constituinte e constituído pelos mesmos deputados, isto é, que os representantes com qualificação extraordinária para reunir-se em assembleia nacional, venham, em seguida, a reunir-se em assembleia ordinária para exercer o poder constituído (Sieyès, 2001, p. 45-58). Essa incipiente teoria política e jurídica sobre o Poder Constituinte, revolucionária para época do absolutismo francês, foi posteriormente sendo aperfeiçoada.

Quanto à diferenciação entre Constituições rígidas e flexíveis, afirma Barroso (2005) que não se confunde, mas se superpõe, em larga medida, com a distinção entre Constituição escrita (condensada num documento) e não escrita (consuetudinária). A rigidez constitucional significa que há necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, mais complexo e dificultoso que o necessário para a edição de leis infraconstitucionais. Essa distinção funda-se no aspecto formal. Para Kelsen (2000b, p. 247-248), da Constituição em sentido material (que entende como a norma positiva pela qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais), deve distinguir-se aquela em sentido formal, um documento escrito que não só contém normas que regulam a produção legislativa, mas que também se referem a outros assuntos politicamente importantes e preceitos por força dos quais as leis constitucionais "[...] não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos [...], somente sob condições mais rigorosas".

A supremacia se verifica onde há Constituição rígida, caso da maioria dos países na atualidade, como o Brasil, em que se exige, para reforma constitucional, procedimento especial de votação em ambas as casas legislativas, em dois turnos, com quórum qualificado de três quintos dos votos dos respectivos membros (Brasil, 1988, art. 60, § 2º).

Além disso, a Constituição pode também determinar o conteúdo das futuras leis, prescrevendo-os ou excluindo-os. Kelsen (2000b p. 249) já asseverava que o catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma parte substancial das modernas constituições, "[...] não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir". A supremacia constitucional traduz-se, então, em uma superlegalidade formal e material, subordinando, esta, o conteúdo de toda a atividade normativa estatal, à conformidade com os princípios e regras da Constituição. A inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra um mecanismo de proteção da Constituição, que é o controle de constitucionalidade.

Permanecem incólumes a toda e a qualquer emenda constitucional, no Brasil, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias fundamentais (Brasil, 1988, art. 60, § 3º). São as chamadas cláusulas pétreas, o núcleo duro da Constituição.

A afirmação da supremacia constitucional e a ideia de controle de constitucionalidade dos atos estatais ligam-se historicamente ao constitucionalismo estadunidense. A cláusula de supremacia foi inscrita no artigo 6º, 2, da Constituição de 1787, prescrevendo que não deveria prevalecer nenhuma disposição contrária a ela. Nos artigos federalistas, Hamilton, Jay e Madison (2021, p. 407-409) já defendiam a ideia do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário com fulcro na supremacia da Constituição, pelo qual nenhum ato contrário à Constituição pode ser válido:

> Por Constituição limitada entendo uma que contenha certas exceções especificadas ao poder legislativo, como, por exemplo, a de que ele não aprovará decretos de perda de direitos civis, leis ex post facto, ou coisas semelhantes. Na prática, limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição. [...]
>
> A interpretação das leis é domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o

> significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. [...]
> Não se pode dar nenhum peso à afirmação de que os tribunais podem, a pretexto de uma incompatibilidade, substituir as intenções constitucionais do legislativo por seus próprios desejos. Isso poderia acontecer tanto no caso de duas leis contraditórias como no caso de toda adjudicação sobre uma única lei. Os tribunais devem especificar o sentido da lei; e, caso se dispusesse, a exercer a *vontade* de vez do *julgamento*, isso levaria igualmente à substituição do desejo do corpo do legislativo pelo seu próprio. Se essa observação provasse alguma coisa, seria que não deve haver nenhum juiz além do próprio legislativo.

O *judicial review* foi adotado pela primeira vez pelo juiz Marshall, da Suprema Corte, no caso Marbury x Madison, já em 1803. Por isso, não se pode falar em neoconstitucionalismo nos EUA, porque lá o Direito Constitucional já nasceu assim. Na Europa, porém, o sistema de jurisdição constitucional deu-se somente após o primeiro pós-guerra, por obra de Kelsen, introduzido na Constituição austríaca de 1920. O modelo adotado foi o do controle concentrado, atribuído a um único órgão, o Tribunal Constitucional, em contraste com a experiência estadunidense, em que qualquer juiz pode recusar a aplicação de lei inconstitucional (sistema de controle incidental). Refletiu Kelsen (2000a, p. 382) que, caso o poder ilimitado de testar a constitucionalidade de leis seja reservado apenas a um órgão, por exemplo, a suprema corte, "[...] esse órgão pode estar autorizado a abolir uma lei inconstitucional não apenas individualmente, isto é, para o caso concreto, mas de modo generalizado, para todos os casos possíveis". A decisão recebe *status* de um precedente que obriga todos os órgãos aplicadores do Direito, em especial os tribunais, a recusar a aplicação da lei[1]. A anulação de uma lei pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade é uma função

[1] Pelo artigo 102, § 2º da CF/88, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Brasil, 1988).

legislativa, de modo que um Tribunal competente para abolir lei, de modo individual ou geral, funciona como legislador negativo.

Na descrição de Pozzollo (1998, p. 339-341), o neoconstitucionalismo constitui uma corrente filosófica do Direito cujos membros, embora não se reconheçam dentro de um modelo unitário, compartilham noções peculiares que podem ser sintetizadas nas seguintes formulações, a saber: princípios x normas (o ordenamento não se compõe apenas de normas, mas também de princípios); ponderação x subsunção; constituição x independência do legislador; juízes x liberdade do legislador.

Os princípios são valores morais positivados, diferenciando-se das normas pela dimensão de peso ou de importância e pela não aplicabilidade do chamado modo do "tudo ou nada", pelo que são aplicáveis ao caso concreto apenas *prima facie*. São expressos em linguagem vaga e alto nível de abstração, determinando uma transformação qualitativa nas Constituições. Junto a eles se encontra normalmente a tese prescritiva de que os juízes, a começar pelos juízes constitucionais, devem servir-se em maior medida desses standards na interpretação e na argumentação jurídica, a fim de regular diretamente a controvérsia. A ponderação constitui um peculiar método interpretativo que requerem os princípios, não interpretáveis segundo o método comum de subsunção das normas. Os princípios localizados, mediante interpretação, como aplicáveis ao caso concreto, apresentam-se sempre numa relação de antinomia parcial, e são internamente sopesados para que se possa colocá-los em relação hierárquica, obviamente axiológica no caso concreto (e não em abstrato), de modo que o princípio de maior peso prevalece sobre o de menor peso (Pozzolo, 1998, p. 340-341).

Com a formulação "Constituição x independência do legislador", Pozzolo (1998, p. 341) se refere a uma penetração geral do texto constitucional, a "materialização" ou "substancialização" da Constituição, como conteúdo substancial que condiciona a validade das normas infraconstitucionais. O conteúdo substancial condicionante cumpre agora uma função muito parecida com a que desempenhava o direito natural, como um "guia" para a produção legislativa. A lei se converte num instrumento de mediação entre exigências práticas e exigências constitucionais. Por último, com a formulação "juízes x liberdade do

legislador", a autora se refere à tese favorável à interpretação criativa da jurisprudência, à luz da exigência de justiça do caso concreto. Pressuposta a presença dos princípios, o consequente abandono do método da subsunção e a penetração geral do texto constitucional, encarrega-se o juiz da contínua adequação da legislação às prescrições constitucionais. A interpretação moral do texto incide na interpretação das palavras do Direito. O juiz tende a configurar-se como fundamental elemento racionalizador do sistema jurídico (Pozzolo, 1998, p. 341-342).

A doutrina neoconstitucionalista adota, segundo Pozzolo (1998, p. 347), um peculiar modelo axiológico (e não descritivo) da Constituição concebida como norma. As regras jurídicas positivadas passam a ser constitucionais em razão do particular conteúdo que expressam, e não do sujeito. Esse modelo constitucional se movimenta principalmente na perspectiva da justificação, em um nível de linguagem em que se considera a razão para atuar. A Constituição, embora represente um limite interno ao ordenamento jurídico, constitui contextualmente uma ponte que permite a passagem ao discurso moral. Procedeu-se, assim, a uma revisão da "regra de reconhecimento" da doutrina juspositivista. Os princípios tornam-se fundamentais a nível de justificação do discurso jurídico. A conexão entre os discursos jurídico e moral se verifica no nível interpretativo, porquanto há de se atribuir significado aos princípios, que nada dizem do ponto de vista linguístico. É neojuspositivista porque (na medida em que) a justificação reside sempre em outra norma e não nos fatos em que teve origem.

Observa Pozzolo (1998, p. 347) que a linguagem constitucional não é interpretável com os instrumentos comumente utilizados na interpretação constitucional, ou seja, não basta a referência ao sentido comum das palavras empregadas na disposição, o que conduziria a conflitos absolutos, levando à exclusão de alguns princípios e à aplicação absoluta de outros, produzindo decisões axiologicamente insuportáveis. A diversidade da interpretação da Constituição se baseia fundamentalmente, portanto, na existência de princípios no texto constitucional, valores morais positivados, que para serem compreendidos requerem considerações morais. Mas claro, as distintas interpretações deverão ser argumentadas de maneira que formem um quadro coerente.

> Claro está que mientras la axiología del intérprete cada vez sea estrechamente dependiente del caso concreto, colocándose desde el punto de vista del "buen juez", las distintas interpretaciones deberán ser argumentadas de manera tal que formen un cuadro coherente. La jerarquía axiológica instituida cambiará, de todos modos, continuamente en relación a las exigencias de justicia sustancial de cada caso concreto. El modelo axiológico de la constitución concebida como norma rechaza la concepción del siglo XVIII que considera tal documento normativo una barrera contra el poder. Este modelo, por el contrario, identifica en la constitución un objetivo, una guía, para el legislador, a la que no sólo debe adaptarse, sino que debe desarrollar; tiende, en definitiva, a configurar el documento constitucional como un instrumento capaz de modelar las relaciones sociales, y no como un mero instrumento de limitación del poder político y garantía de derechos individuales.

Fruto de todo esse processo, a "constitucionalização do Direito" importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Relativamente ao Poder Legislativo, Barroso (2005, p. 16-17) observa que a constitucionalização limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. Quanto à Administração Pública, além de igualmente limitar-lhe a discricionariedade e impor a ela deveres de atuação, fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário.

3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável, consoante Mendes (2008, p. 1004), a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público. Nesse rumo, a CRFB previu no seu artigo 102, § 1º, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo STF, na forma da lei (Brasil, 1988).

Para atribuir eficácia à disposição constitucional[2], disciplinou o processo e julgamento da ADPF a Lei n. 9.882/99, que, em seu artigo 1º, aclara que a arguição terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Poderá, assim, revestir-se de caráter preventivo ou repressivo, e ser manejada em face de ato de qualquer esfera, não só normativo, inclusive decretos regulamentares, mas qualquer ato administrativo (Lenza, 2020, p. 431). A arguição é cabível tanto em relação à ação (*v.b.*, a ADPF 722-MC[3]), quanto em face de omissão administrativa. Exemplo disso é a ADPF 347, na qual, demonstrado o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, determinou-se a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, que estavam contingenciadas (Brasil, 2015)[4].

---

2 O STF decidira, na Pet. 1.140 AgR, j. em 02/04/96, que o § 1º do art. 102 da CF/88 constituía norma constitucional de eficácia limitada, de sorte que não poderia apreciar a nova ação constitucional enquanto não houvesse lei descrevendo a sua forma.

3 Ementa: Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento Fundamental. Atividade de inteligência do Ministério da Justiça e Segurança Pública**.** Produção e disseminação de dossiê com informações de servidores federais e estaduais integrantes de movimento antifascismo e de professores universitários. Desvio de finalidade. Liberdades de expressão, reunião e associação. Medida cautelar deferida (ADPF 722 MC, Rel(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2020).

4 Foi reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional. Também, a ADPF 635 MC, em que concedida medida cautelar em virtude de omissão estrutural do poder público na adoção de medidas para a redução da letalidade policial, resultando na violação de direitos humanos.

Caberá, também, arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (artigo 1º, parágrafo único, I)[5]. Nessa hipótese, deve ser comprovada a existência de divergência jurisprudencial relevante sobre a aplicação de ato normativo compreendido como descumpridor de preceito fundamental. Realça Barroso (2002, p. 170)[6] que, com a Lei da ADPF, instituiu-se a possibilidade de controle incidental concentrado, passando-se a admitir essa modalidade de fiscalização de constitucionalidade em relação a atos dela tradicionalmente excluídos, como os atos normativos municipais, o direito infraconstitucional anterior à Constituição, e o confronto entre lei e regulamento.

Ilustra a aplicação da hipótese prevista no artigo 2º a decisão da ADPF 33, na qual se julgou procedente o pedido para declarar a ilegitimidade do decreto estadual questionado, a partir da Constituição de 1988. Destacou-se que "[...] a ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal"[7]. Em sede doutrinária, Mendes (2008, p. 1141 e 1144) acentua que as mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso, dando como exemplo do reforço do controle concentrado a ampliação do direito de propositura de ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade. Em seguida, a regulação da ADPF veio a preencher espaço de incompletude, antes imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, permitindo a antecipação

5 Contra este e outros dispositivos, a OAB ajuizou a ADI 2231, que foi julgada improcedente, fixando-se a tese de que é constitucional a Lei n. 9.882/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADI 2231, Rel. Roberto Barroso, julgado em 22/05/2023).

6 O presente artigo não comporta o aprofundamento de todos os embates doutrinários acerca do alcance da arguição, por isso toma-se como premissas as balizas fixadas pelo STF, conforme nota anterior.

7 ADPF 33. Rel. Min, Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 05.12.2005. Assentou-se, ainda, que a revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postulava na ação era a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente.

de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando a repetição de processos e a chamada "guerra de liminares", fornecendo, em razão da eficácia *erga omnes* e do caráter vinculante, a segurança jurídica sobre a legitimidade ou não de atos eventualmente de teor idêntico, editados pelos diversos municípios. Ampliou-se, assim, o controle concentrado de constitucionalidade, em face de preceitos constitucionais fundamentais.

Podem propor ADPF os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 2º). Quanto à noção de preceito fundamental, embora não constante da Constituição ou da lei, é indene de dúvidas, à luz dos precedentes do STF, que abrange os princípios inscritos nos artigos 1º a 5º, os direitos e garantias fundamentais, os integrantes das cláusulas pétreas, os princípios que regem a administração pública e os que regem a ordem econômica, a saúde (artigo 196) e o meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225)[8], entre outros[9].

Importante, nesse passo, é o princípio da subsidiariedade, previsto no artigo 4°, § 1°, da Lei n. 9.882/1999, o qual pressupõe, para a admissibilidade da ADPF, a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com real efetividade, o estado de lesividade eventualmente causado pelo ato impugnado[10].

Trata-se de pressuposto negativo de admissibilidade[11] da arguição, o qual vem sendo entendido pelo STF "no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata", logo, "a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*,

8 ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 24.06.2009. Princípios constitucionais (art. 225): a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional.

9 Quanto a esse aspecto, o STF já teve a oportunidade de afirmar que o veto do chefe do Poder Executivo a projeto de lei aprovado pelo Legislativo constitui ato político, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público (Questão de Ordem na ADPF 1).

10 Cf., por exemplo, a ADPF 671 AgR, Rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020.

11 Voto do Min. Celso de Mello na ADPF 314 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11.12.2014, Plenário. Segundo o voto do relator, "No caso, ainda que a arguição de descumprimento de preceito fundamental tenha, desde a edição da Lei n. 9.882, de 1999, sido objeto de dissenso no Supremo quanto à extensão da cláusula da subsidiariedade, nunca houve dúvida no tocante à inadequação da medida quando o ato pudesse ser atacado mediante ação direta de inconstitucionalidade".

a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação"[12].

É de se destacar que, se entender necessário, poderá o relator fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (artigo 6º, § 1º). Para ilustrar essa possibilidade, cita-se a ADPF 101 (sobre importação de pneus usados), na qual a Min. Cármen Lúcia determinou a realização de audiência pública, dada a especificidade e a repercussão que abrangem o tema, somadas à necessidade de um exame mais acurado das razões e dos fundamentos veiculados na ADPF e melhor compreensão das questões envolvidas. Na ocasião, especialistas manifestaram-se sobre suas teses, de forma a clarear ambas as proposições: contrária e favorável à importação dos pneus usados e remoldados[13].

Nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, como a ADI e a ADPF, pode o relator admitir o ingresso de outros órgãos ou entidades, na qualidade de *amicus curiae*, sempre que a matéria seja de significativa relevância e os requerentes ostentem representatividade adequada[14]. A intervenção do *amicus curiae* acentua o respaldo social e democrático da jurisdição constitucional exercida pelo STF

> [...] na medida em que tendente a pluralizar e incrementar a deliberação com o aporte de argumentos e pontos de vista diferenciados, bem como de informações e dados técnicos relevantes à solução da controvérsia jurídica e, inclusive, de novas alternativas de interpretação da Carta Constitucional (Decisão de 20/07/2002 na ADPF 623, Rel. Min. Rosa Weber).

Pelo artigo 10 da Lei de regência, julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. No bojo dessa arguição, poderá o

12 ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 07.12.2005; ADPF 47-MC, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 07.12.2005.

13 NA ADPF 54 (interrupção de gravidez por anencefalia do feto) também houve realização de audiência pública em 2008, com o objetivo de ouvir não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, mas também outras entidades.

14 A admissão, para sustentação oral e juntada de memoriais, é permitida pelo § 2º do artigo 6º da Lei.

STF dar interpretação conforme a Constituição. Na ADPF 54, pediu-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (Decreto-Lei n. 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretendeu-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Buscou-se que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Decidiu o STF que se mostra inconstitucional a 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.

Tal como as demais nas ações de controle concentrado, a decisão de mérito proferida pelo STF terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (artigo 10, § 3º). Restou assentado no julgamento da ADI 2232 que a possibilidade de atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões proferidas em ADPF decorre da própria natureza do controle objetivo e concentrado de constitucionalidade, não havendo falar em "reserva de Constituição" para a matéria.

4 O Precedente da ADPF 708 e a Inoperância do Fundo Clima

Destaca-se, aqui, o recente julgamento pelo STF (Brasil, 2022) da ADPF 708, em torno do Fundo Clima criado pela Lei n. 12.114/2009, de relevância para o financiamento das ações de mitigação climática no país, especialmente no combate ao desmatamento no bioma amazônico. Trata-se do principal instrumento federal voltado ao custeio do combate às mudanças climáticas e ao cumprimento das metas de redução de emissão de Gases de Efeito Estufa (GEE), regulado pela Lei n. 12.114/2009, cujo artigo 5º, § 4º, indica as atividades às quais devem ser destinados os seus recursos, entre elas, os projetos de

redução de emissões de carbono pelo desmatamento e degradação florestal, com prioridade as áreas naturais ameaçadas de destruição e relevantes para estratégias de conservação da biodiversidade, e de recuperação de áreas degradadas e restauração florestal, priorizando áreas de Reserva Legal (RL) e Áreas de Preservação Permanente (APP) e as áreas prioritárias para a geração e garantia da qualidade dos serviços ambientais (V e XIII).

A Lei n. 12.114/2009 estabeleceu que o fundo deve ser gerido por um Comitê Gestor (artigo 4º) e que tais recursos são aplicáveis por meio de: (i) apoio financeiro reembolsável, mediante concessão de empréstimo, por intermédio do agente operador, no caso, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) (artigo 5º, I, c/c artigo 7º); e/ou (ii) apoio financeiro, não reembolsável, referente a projetos de mitigação da mudança do clima, aprovados pelo Comitê, conforme diretrizes previamente estabelecidas.

Alegaram os autores que a União manteve o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) inoperante durante os anos de 2019 e 2020, deixando de destinar vultosos recursos para o enfrentamento das mudanças climáticas, em razão do que pleitearam, com base no direito constitucional ao meio ambiente saudável: (i) que se assegure a retomada do funcionamento do Fundo, com a aprovação do Plano Anual de Aplicação de Recursos (PAAR) (ii) a decretação do dever da União de dar continuidade à captação e alocação de tais recursos, e a determinação de que se abstenha de novas omissões e paralisações; e (iii) a vedação ao contingenciamento de tais valores, a fim de evitar que, por medida transversa (alegada necessidade de atender a normas de responsabilidade fiscal), o governo opte por contingenciar justamente as verbas destinadas ao combate às mudanças climáticas e, portanto, à proteção ao meio ambiente.

Observa-se, de início, que houve a admissão de *amici curiae* e a designação de audiência pública a possibilitar a participação efetiva de inúmeras entidades representativas de setores da economia, da academia e da sociedade civil organizada de modo a influenciar efetivamente na formação do convencimento da Corte. Conforme destaca

Borges (2020)[15], essa audiência pública marcou um momento histórico no STF: foi a primeira vez que a mais alta corte do país tratou do tema das mudanças climáticas.

Os documentos juntados aos autos comprovaram a efetiva omissão da União durante os anos de 2019 e 2020, uma vez que, a despeito da sua importância, o Fundo Clima realmente permaneceu inoperante, por intenção deliberada da União, durante todo o ano de 2019 e parte do ano de 2020. Restou demonstrado que a não alocação dos recursos constituiu uma decisão deliberada do Executivo, até que fosse possível alterar a constituição do Comitê Gestor do Fundo, de modo a controlar as informações e decisões pertinentes a tal alocação[16].

Consta do acórdão que o funcionamento do Fundo Clima foi retomado às pressas pelo Poder Executivo, após a propositura da ADPF, liberando-se: (i) a integralidade dos recursos reembolsáveis para o BNDES (pelo PAAR de 2020 e 2021, todos os recursos foram direcionados prioritariamente ao meio ambiente urbano e não para o combate ao desmatamento e alteração do uso do solo no meio rural); (ii) os recursos não reembolsáveis para o Projeto Lixão Zero, do governo de Rondônia. Parcela remanescente dos recursos não reembolsáveis foi mantida retida por contingenciamento alegadamente determinado pelo Ministério da Economia, em função do atendimento de metas fiscais.

---

15 As apresentações tiveram por eixo comum a necessidade de o governo dar efetividade aos instrumentos e à governança da política ambiental e climática. E foram válidas e proveitosas também para subsidiar a ADO 59, da qual foi relatora a Ministra Rosa Weber, julgada em novembro de 2022, na qual o STF determinou à União que adotasse, no prazo de 60 dias, as providências administrativas necessárias para a reativação do Fundo Amazônia, sem novas paralisações. A maioria dos ministros concluiu pela inconstitucionalidade dos decretos que alteraram o formato do fundo e impediram o financiamento de novos projetos, manifestando-se também no sentido da retomada do modelo anterior. A Corte considerou que as alterações promovidas no formato do fundo, desde 2019, com a extinção unilateral do comitê e sem a criação de outro órgão administrativo, impediram o financiamento de novos projetos (com os mais de três bilhões que tem em caixa), o que configurava omissão deliberada do governo federal em seu dever de preservação da Amazônia. Acórdão ainda não publicado (STF, 2022).

16 De acordo com o acórdão, a medida questionada se insere em quadro mais amplo de sistêmica supressão ou enfraquecimento de colegiados da Administração Pública e/ou de redução da participação da sociedade civil em seu âmbito, com vistas à sua captura, providências que já foram consideradas inconstitucionais pelo STF em reiteradas decisões, por exemplo: ADPF 623 MC, Rel. Min. Rosa Weber (sobre a mesma problemática no Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA); ADPF 651, Rel. Min. Cármen Lúcia (pertinente ao Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente – FMNA).

Ficou comprovado, ainda, que, a partir de 2019 (mesmo ano de paralisação do Fundo Clima), o desmatamento sofreu aumento ainda maior em comparação com o ocorrido na década anterior. O índice anual de desmatamento na Amazônia Legal retornou para os patamares de 2006/2007, ampliando-se de forma relevante inclusive nas áreas protegidas, como terras indígenas e unidades de conservação.

O acórdão ressaltou que a questão ambiental é uma das questões definidoras do nosso tempo, e que no seu âmbito se situa o tema da mudança climática, com imenso impacto sobre as nossas vidas e das futuras gerações. Reconheceu o STF que os resultados objetivamente apurados indicam que o país caminha no sentido contrário aos compromissos internacionalmente assumidos para a mitigação das mudanças climáticas, e que a situação se agravou substancialmente nos últimos anos, caracterizando grave retrocesso em um quadro ambiental que já era crítico. Este é, na dicção do voto vencedor, o preocupante e persistente quadro em que se encontra o enfrentamento às mudanças climáticas no Brasil, que coloca em risco a vida, a saúde e a segurança alimentar da sua população, assim como a economia do futuro. Todo esse contexto aponta a gravidade da situação ambiental brasileira, pela aversão à temática reiteradamente manifestada pela União, pelo histórico recente de desestruturação de órgãos colegiados integrantes da Administração Pública e da não alocação de recursos para a proteção ambiental.

Nesse julgamento histórico, a Corte Suprema julgou procedente a ADPF para: (i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; e (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo. Fixou-se a tese de que o Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (Brasil, 1988, art. 225), do princípio constitucional da separação dos poderes (Brasil, 1998, art. 2º c/c Brasil, 2000, art. 9º, § 2º) e dos direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (Brasil, 1988, art. 5º, § 2º) num

regime jurídico transnacional, assentado sobre a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima, e, no âmbito dela, sobre o Protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris.

Primeiramente, foi acentuado que nesta ADPF 780 questionam-se ações e, sobretudo, omissões (portanto, a ausência de atos) que ensejaram o não funcionamento do Fundo, com a indevida retenção e não aplicação de seus recursos em 2019 e ao menos parte de 2020, compreendendo os Ministros que o exame das ações e omissões da União na matéria não demanda seu cotejo com a lei, mas, ao contrário, dá-se à luz do direito constitucional à tutela do meio ambiente, à sua preservação para presentes e futuras gerações, assim como à proteção e restauração de processos ecológicos essenciais (Brasil, 1988, art. 225, *caput* e parágrafos). Ainda preliminarmente, afastou-se o argumento da ausência, no caso, do requisito de subsidiariedade aplicável à ADPF, sob o fundamento de que as mesmas ações e omissões poderiam ser discutidas por meio de ações coletivas. Decidiu-se, igualmente na linha da jurisprudência do STF, que o problema só será adequadamente solucionado por meio de ação direta de que resulte uma decisão com efeitos vinculantes e gerais para o Judiciário e para a Administração Pública, logo, não há dúvida quanto ao cabimento da ação ou quanto à presença do referido requisito.

O STF reconheceu expressamente que os tratados sobre direito ambiental constituem espécie do gênero "tratados de direitos humanos" e desfrutam, por essa razão, de status supranacional, afinal, como bem lembrado pela representante do PNUMA no Brasil, durante a audiência pública prévia ao julgamento, "não existem direitos humanos em um planeta morto ou doente". Assumiu-se, de modo inequívoco, a interdependência dos direitos fundamentais com a proteção do meio ambiente, invocando-se a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CoIDH) que, por meio do Parecer Consultivo 23/17 (OC-23), ressaltou a relação de interdependência e indivisibilidade entre a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos, de modo que os efeitos adversos da mudança climática atingem o desfrute efetivo dos direitos humanos, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à água, à moradia, à propriedade (a não ser deslocado forçosamente) e à participação da vida cultural,

no sentido de que o pleno desfrute desses direitos depende de um meio ambiente apropriado. Enfatizou o STF que o comprometimento ao direito de todos a um meio ambiente saudável, produz reflexos sobre um amplo conjunto de outros direitos fundamentais protegidos pela Constituição de 1988, podendo impactar, ainda, o direito à identidade cultural, o modo de vida e a subsistência de povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais.

Quanto ao contingenciamento dos já parcos recursos constantes do Fundo, foi consignado no voto vencedor que as obrigações legais de destinação específica de recursos de fundos contam com a apreciação e deliberação não apenas do Poder Executivo, mas igualmente do Poder Legislativo, tratando-se, portanto, de escolha alocativa produzida com base em ato complexo, que se sujeita ao princípio da separação dos Poderes. Destarte, o Poder Executivo não pode simplesmente ignorar as destinações determinadas pelo Legislativo, a seu livre critério, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes (Brasil, 1988, art. 2º).

Por isso, em razão da particularidade de tais despesas com destinação específica, o art. 9º, § 2º, da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) previu: "Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente". Consoante Abraham (2017, p. 129-130), a limitação de empenho, voltada à compatibilização entre as receitas e as despesas na manutenção do equilíbrio fiscal, nada mais é do que a suspensão momentânea ou o contingenciamento de autorização para a realização de determinadas despesas autorizadas na lei orçamentária, mas consideradas discricionárias (gastos flexíveis), quando verificado que a realização da receita poderá não comportar, ao final de um bimestre, o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais. O contingenciamento é possível, então, nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias (LRF, art. 9º, *caput*). Nos bimestres subsequentes, se a tendência for revertida, as limitações poderão ser liberadas na mesma medida em que estiver ocorrendo a recuperação.

De fato, a ADPF 347 (Brasil, 2015), invocada como precedente, já decidiu pela injuridicidade de contingenciamento de recurso do Fundo

Penitenciário Nacional (FUNPEN). Nela, foi realçado que a cabeça do art. 9º trata da situação em que o Governo deixa de executar, parcialmente, o orçamento, vindo a contingenciar os valores ordenados a despesas, ao passo que, no § 2º, figuram como exceções as obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais. Consoante voto do relator, tratando o Funpen de recursos com destinação legal específica, é inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento: atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos (artigo 5º, inciso III, alínea "b", da LC n. 101/2000)[17].

Enfim, restando patente que a atuação do Estado é manifestamente insatisfatória e, mais, em franco retrocesso, revela-se inconstitucional o contingenciamento de recursos do Fundo Clima, que têm destinação legal específica voltada a concretizar direitos fundamentais.

A conclusão da Corte Constitucional foi de que não há uma opção juridicamente válida no sentido de simplesmente omitir-se no combate às mudanças climáticas (*in casu*, na operacionalização do Fundo Clima e na destinação dos seus recursos), não se tratando, portanto, de livre escolha política dos governantes. A questão tem natureza jurídica vinculante, havendo um dever constitucional supralegal e legal da União e dos representantes eleitos de proteger o meio ambiente e de combater as mudanças climáticas.

Percebe-se, nesse julgado, a redução do âmbito de discricionariedade do Poder Executivo, a fim de conferir força normativa à Constituição e maior efetividade aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, já foi reconhecido pelo STF, em ADPF manejada em face de descumprimento de repasses de duodécimos à Defensoria Pública estadual, impossibilitando a adequada operacionalização das estruturas e da gestão de recursos humanos necessários para o cumprimento das atividades essenciais da instituição, que, "sem o adequado conhecimento dos direitos e sem estruturas e técnicas processuais adequadas, os direitos fundamentais individuais, coletivos ou sociais, são quimeras

17 Ainda sobre o tema do contingenciamento, encontra-se no acórdão da ADPF 504 que "o argumento de contingenciamento de gastos públicos não pode ser esgrimado como instrumento de barganha política contra outros poderes e instituições, sob pena de deturpação e captura do Estado de Direito" (Rel. Rosa Weber, julgado em 20/10/2020).

e abstrações, destituídas de significado jurídico e normativo" (ADPF 504, Rel. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2020).

Compreende-se como adequado o precedente analisado, porque o Judiciário não substituiu o Executivo ou o Legislativo em competências que lhe são próprias, não calhando a crítica de eventual ativismo judicial ou desequilíbrio entre os Poderes do Estado. Havia uma prévia política pública, prevista em lei, e vinculada a prioridades constitucionais, porém o Poder Executivo estava omisso na sua implementação e na destinação dos recursos existentes às finalidades legais, afrontando preceitos fundamentais. Diferentemente, a propósito, o STF exerceu a devida autocontenção no bojo da ADPF 671 (Brasil, 2020), na qual decidiu que a ação não constituía meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, sobretudo tendo em conta a magnitude das providências pretendidas nesta ADPF, pois, não evidenciada a ocorrência de omissão dos gestores públicos que ensejasse descumprimento de preceitos fundamentais, "não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes", o que vulneraria frontalmente o princípio da separação dos poderes[18]. Adotou-se, diante desse quadro fático-jurídico, uma posição deferente ao Poder Executivo.

Se é certo afirmar que não se pode vedar que o Poder Público promova a substituição de uma política pública ambiental por outra, efetue alterações ou mudanças de rumo ou curso, não é menos certo ser inadmissível que simplesmente se substitua uma política pública existente, voltada para a efetivação dos direitos fundamentais e valores jurídicos protegidos na Constituição, pelo simples vácuo, extinguindo tal política pública. Tampouco é juridicamente aceitável deixá-la inoperante por supressão ou enfraquecimento dos meios necessários, isto

18 Pretendia-se requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde, antes mesmo de esgotadas outras alternativas cogitáveis pelas autoridades federais, estaduais e municipais para enfrentar a pandemia da Covid-19, submetidas a critérios de conveniência e oportunidade. Ressaltou-se no acórdão que essa apreciação, à toda a evidência, compete exclusivamente às autoridades públicas, caso a caso, em face das situações concretas com as quais são defrontadas, inclusive à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem prejuízo, porém, do posterior controle de constitucionalidade e legalidade pelo Judiciário.

é, de estrutura de governança, gestão e financiamento minimamente satisfatória à sua consecução[19].

Afigura-se inconcebível, pois, sob o que já se pode chamar de jargão da "discricionariedade administrativa", uma não-política pública ambiental e climática. Na mesma linha, invoca-se a compreensão de Wedy e Moreira (2021, p. 876):

> Essa afirmação não obsta, por certo, que o Judiciário conceda deferência às escolhas efetuadas pelos demais poderes na composição de interesses conflitantes, desde que não se traduza em categórica desconsideração do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e ao clima estável e seguro, observado o dever de motivação explícita, clara, verdadeira, congruente e suficiente de que as opções políticas realizadas cumprem os mandamentos constitucionais na máxima extensão e de forma proporcional. O que não se admite é uma deferência cega e acrítica, pelo simples fato de se tratar de decisão política ou administrativa, tampouco é legítima a supressão de determinada política pública, sem demonstrar que foi substituída por outra mais eficiente e eficaz.

O precedente da ADPF 708 constitui decisão paradigmática, que aponta a concepção errônea outrora existente sobre a discricionariedade administrativa. Na visão de Freitas (2013, p. 456), essa discricionariedade é limitada. Mais que isso, é concretamente vinculada ao Direito Administrativo do *Estado de Direitos Fundamentais*, ou seja, um Estado Constitucional em sintonia com o primado dos direitos fundamentais. A discricionariedade vinculada aos princípios não conduz à extinção do juízo de "merecimento", ou seja, o mérito constituído pelo espaço de conveniência e oportunidade, mas significa que há porção de vinculação que acompanha a discricionariedade. No plano do Direito Administrativo, o princípio da motivação, da explicitação dos fundamentos fáticos e jurídicos da decisão administrativa, implica que toda

19 A propósito, "a organização administrativa em matéria ambiental está protegida pelo princípio de proibição do retrocesso ambiental, o que restringe a atuação do administrador público, de forma a autorizar apenas o aperfeiçoamento das instituições e órgãos de proteção ao meio ambiente." (ADPF 651, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 28/04/2022).

discricionariedade, sempre que afetados direitos subjetivos, precisa ser vinculada aos motivos que obrigatoriamente haverão de ser expostos, para além da velha versão da teoria dos motivos determinantes, e essa motivação há de ser explícita, consistente, congruente e tempestiva, para que se viabilize a sua sindicabilidade. Além de integrar a própria higidez do ato administrativo (sujeitando-o à anulação), "[...] a motivação colima, antes de tudo, coibir os vícios da discricionariedade por excesso ou omissão" (Freitas, 2013, p. 90-95).

Por sua vez, as políticas públicas "não são meros programas de governo, mas ações e pautas administrativas que precisam guardar vinculação com as prioridades constitucionais, imprimindo, de modo consistente, eficácia aos direitos fundamentais de todas as dimensões". Cabe, pois, o controle judicial em casos de ações e omissões desproporcionais (excesso ou inoperância). Em síntese, "as políticas públicas são concebidas como programas de Estado Constitucional (mais do que de governo)", formulados e implementados pela Administração Pública, que "intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos meios estatais e sociais, cumprir os objetivos vinculantes da Carta, em ordem a assegurar com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais", tanto das gerações presentes quanto das futuras (Freitas, 2013, p. 90-95).

A propósito, um último aspecto que merece destaque no precedente da ADPF diz respeito à destinação subótima de recursos e à proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente. O Ministro relator assinalou que a ADPF foi ajuizada para que se superasse a omissão no funcionamento do Fundo e para que seus recursos fossem aplicados, o que veio acontecer, em atividades compatíveis com as normas em vigor. Entendeu que os pedidos remanescentes, de não omissão e não contingenciamento, estavam sendo igualmente atendidos. Gizou, porém, que os autores informaram nos autos que os recursos posteriormente alocados foram destinados preferencialmente ao atendimento ao meio ambiente urbano, quando é de conhecimento geral que parte relevante das emissões de GEEs do Brasil decorre do desmatamento e da alteração do uso do solo corrente no meio rural, que deixaram de ser atendidas. Trata-se, portanto, de alegação de possível alocação subótima dos recursos do Fundo, que sacrificaria recursos escassos em

situação de grave crise climática. Embora entendendo que a questão escapa aos limites da ação, tal como originalmente formulada, teceu algumas considerações sobre o tema, a título de *obiter dicta*, a seguir transcritas:

> Conforme jurisprudência consolidada no STF, o Tribunal deve, em princípio, ser deferente às escolhas alocativas efetuadas pelos representantes eleitos em matéria de políticas públicas, dado que elas implicam decisões difíceis sobre como alocar recursos escassos, insuficientes ao atendimento de demandas concorrentes igualmente relevantes. Caso, todavia, se constate que tais escolhas estão eivadas por vícios de desvio de finalidade, não verossimilhança dos motivos que as determinaram ou violação da proporcionalidade, implicando grave prejuízo ao núcleo essencial de direitos fundamentais, pode e deve o Tribunal exercer o controle sobre tais atos alocativos. Isso porque, em tal caso, trata-se de controle de legalidade e não do mérito ou conveniência política de tais atos.
> Portanto, embora tal controle escape aos limites da presente ação, a persistência no não enfrentamento de fontes importantes de GEEs – tais como o desmatamento e as alterações de uso do solo – ao longo do tempo, e a consequente frustração da mitigação das alterações climáticas, pode ensejar a atuação futura do Judiciário no tema, de modo a assegurar que os recursos cumpram os fins a que foram destinados pela norma e/ou a evitar a violação do princípio da proporcionalidade por vedação à proteção deficiente.

A consideração formulada *obiter dictum* procede na medida em que, no Brasil, o desmatamento é o maior fator de emissão de GEE. Nos últimos anos, o desmatamento e os incêndios voltaram a bater recordes no país. Conforme aponta o Sistema de Estimativa de Emissões de Gases de Efeito Estufa (SEEG), do Observatório do Clima (Mapbiomas Alerta, 2021)[20], que todo ano calcula quanto o Brasil gerou de poluição

20 Maior nível de emissão do país só foi verificado em 2003, sendo o desmatamento na Amazônia o principal responsável por essa elevação. Foi o terceiro ano seguido de crescimento da área desmatada na Amazônia e demais biomas (2019-2021).

climática, verificou-se em 2021 a elevação de 12,2% na emissão de GEE. Pelo SEEG, 49% das emissões brutas totais tiveram relação com mudanças no uso da terra (desmatamento, degradação florestal e conversão de solo entre atividades rurais), consolidando o setor como a maior fonte de emissão bruta de GEE do país. O desmatamento na Amazônia respondeu por 77% das emissões por mudança no uso da terra em 2021.

Wedy e Moreira (2021, p. 872) comentam que o controle jurisdicional das decisões administrativas nessa seara representa a oportunidade de se levar a um Tribunal imparcial o exercício de direitos frente a escolhas públicas que, não raro, desprezam os interesses da sociedade como um todo, das gerações futuras e, inclusive, da vida não humana, significando, pois, a viabilidade de se escrutinar a ampla legalidade e legitimidade de uma decisão sobre política climática, comissiva ou omissiva por um terceiro isento. Para os autores, já não se refuta a possibilidade de o Judiciário intervir em caso de omissão desproporcional do Poder Público, sendo possível o controle das decisões administrativas em face de vício de discricionariedade excessiva (arbitrariedade por ação) e insuficiente (arbitrariedade por omissão).

Não se olvida que, segundo doutrina há muito aplicada em países de tradição da *common law*, só recentemente explorada no Brasil, é preciso proceder a uma análise institucional comparativa entre as instituições, de modo que o Poder Judiciário conceda deferência, se for o caso, à decisão do ente ou órgão com maior expertise, competência e capacidade técnica ou política. Entretanto, não deve haver uma deferência acrítica, mas uma apreciação dos fundamentos fáticos e jurídicos que atestam a qualidade da deliberação objeto de controle, e que, no contexto do direito ambiental e climático, seja adaptada à qualidade do quadro regulatório existente, "à observância espontânea da legislação ambiental pelos agentes públicos e privados, à cultura da cooperação ou litigiosidade e à eficiência e eficácia dos órgãos de fiscalização" (Wedy; Moreira, 2021, p. 878), e, ainda, às oportunidades de participação e acesso à informação sobre tomada de decisão nesse campo.

É nesse contexto que analisaram, em momento ainda anterior ao seu julgamento, o que consideram o principal litígio climático do Brasil,

a ADPF 708 sobre o chamado "Fundo Clima", que iniciou como ADI por omissão (ADO n. 6) e, depois, com lastro no princípio da fungibilidade, foi convertida para ADPF, cujo pedido apresenta objeto bem definido, relacionado ao descumprimento de determinação legal de execução do Fundo Clima, conforme previsto na lei e seu regulamento. Segundo Wedy e Moreira (2021, p. 874), a demanda se aproximava, guardadas as devidas diferenças, do caso "*Friends of the Irish Environment v. Ireland*", no sentido de que, uma vez prevista a obrigação em lei, a questão deixa de ser política, e passa a ser jurídica. Assim enquadrado o conflito, não se vislumbraria maior dificuldade em afirmar a justiciabilidade do pleito, considerando, inclusive, reiteradas decisões do próprio STF em que reputou ilegítimo o contingenciamento ou a ausência de execução de recursos de fundos previstos em texto constitucional ou legal.

Contudo, os autores vão adiante e, considerando que a proteção ambiental não constitui uma opção política, mas um dever constitucional, propõem-se a delinear a extensão do controle judicial de políticas públicas climáticas no Brasil, suas possibilidades e limites, salientando, primeiramente, que o próprio STF já tem admitido a prolação de decisões prospectivas, em que reconhece situação de ilegitimidade ou um "estado de coisas inconstitucional"[21], traçando um quadro mais amplo de deveres e finalidades impostos ao poder público, e abrindo margem a determinações futuras e "medidas estruturantes". Reportam que o procedimento se assemelharia à decisão no "caso Urgenda", em que a Suprema Corte holandesa reservou ao Estado a liberdade para escolher as ações futuras, desde que cumpra a meta prevista de redução de aquecimento global. Com efeito, a formulação e implementação de políticas públicas climáticas residem primariamente nos ramos políticos do governo (Poderes Executivo e Legislativo), que ostentam ineliminável discricionariedade para escolher os meios para se atingir o equilíbrio

21 Nesse sentido, também, foi o voto da Ministra Cármen Lúcia (apresentado em 04/2022), relatora da ADPF 760 e da ADO 54, que acusam o desmonte do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm), de modo a tornar inoperante a execução das políticas públicas de combate ao desmatamento. Pelo voto apresentado, a atuação estatal insuficiente e deficiente é resultante de inércia e "falta de vontade" de cumprir a Constituição, numa ofensa massiva, sistemática e generalizada dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde e à vida digna, aproximando-se o bioma amazônico do ponto de não retorno. O julgamento, porém, foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro André Mendonça.

climático em cotejo com outros direitos eventualmente conflitantes, ou para se promover o desenvolvimento sustentável multidimensional. No entanto, a omissão governamental persistente em não promover ações ordenadas a colocar o País no caminho da redução das emissões de gases de efeito estufa, além de "inconvencional" (frente ao Acordo de Paris), configura violação aos deveres constitucionais de proteção e implementação de medidas de controle ambiental, previstos no artigo 225, § 1º da CRFB (Wedy; Moreira, 2021, p. 874-876). Concluem que o panorama constitucional e legal brasileiro proporciona amplo controle judicial de políticas públicas climáticas, a fim de cobrar fundamentação adequada, transparência e participação suficiente, inclusive por meio de medidas estruturantes (Wedy; Moreira, 2021, p. 878).

Enfim, o julgamento da ADPF 708 ilustra bem o constitucionalismo contemporâneo, resultante de transformações ocorridas a partir da segunda metade do século XX, a interpretação constitucional e o fenômeno da constitucionalização do Direito, no qual a Constituição se irradia para todas as áreas do ordenamento, e, no caso, especialmente, o Direito Administrativo.

Barcellos (2005, p. 92) pondera que, se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, "não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico". E complementa que, "em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo". Como assevera Freitas (2013, p. 468-470), o Estado Constitucional não pode chegar tarde, devendo-se incrementar a tempestiva prevenção de danos aos direitos fundamentais. A Constituição, rigorosamente compreendida, não admite inércia desproporcional e injustificável na prestação de políticas constitucionalizadas.

5 Considerações Finais

O Direito Constitucional contemporâneo, denominado por alguns como "neoconstitucionalismo" ou novo constitucionalismo, surgiu após a Segunda Guerra Mundial e pode ser caracterizado por três marcos fundamentais, o histórico, o teórico e o filosófico. Este último é marcado pelo paradigma do pós-positivismo, um conjunto de ideias que abrange a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais fundada no postulado da dignidade humana. No plano teórico, destacam-se três grandes transformações na aplicação do Direito Constitucional, a saber, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, mediante a elaboração de novas categorias adequadas às suas especificidades, especialmente a admissão de que as normas constitucionais são normas jurídicas. Especificamente no que diz respeito à expansão da jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade das leis e demais atos dos Poderes pelo Poder Judiciário, foram abordados os principais contornos da ADPF prevista na CRFB.

A fim de ilustrar todo esse processo do constitucionalismo contemporâneo, da nova interpretação constitucional e da constitucionalização do Direito, utilizou-se do precedente da ADPF 708, na qual o STF do Brasil foi instado a decidir sobre a paralisação do Fundo Clima pelo último governo da União. Trata-se, ademais, de precedente histórico de relevância para o financiamento das ações de mitigação climática no Brasil, no qual ficou assentado o dever do Estado, de natureza jurídica vinculante e não discricionária, de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, abstendo-se, também, de contingenciá-los.

Se é certo afirmar que não se pode vedar ao Poder Público que promova a substituição de uma política pública ambiental por outra, efetue alterações ou mudanças de rumo, não é menos certo ser injurídico que venha simplesmente a extinguir uma política pública existente,

voltada à efetivação dos direitos fundamentais e valores jurídicos protegidos na Constituição. Tampouco é juridicamente aceitável deixá-la deliberadamente inoperante por supressão ou enfraquecimento dos meios necessários, como a estrutura de governança, gestão e financiamento.

Referências

ABRAHAM, Marcus. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abril-jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, n. 240, p. 1-42, 2005.

BORGES, Caio. ADPF 708: **Fundo clima e políticas ambientais**. Linkedin. 2020. Disponível em: https://www.linkedin.com/pulse/adpf-708-fundo-clima-e-pol%C3%ADticas-ambientais-caio-borges/. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 671 AgR**, Rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 708**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 4 jul. 2022. Sessão virtual. Publicado no DJE em 11 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 347 MC**, Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015.

BRASI. Supremo Tribunal Federal. **STF determina reativação do Fundo Amazônia no prazo de 60 dias**. 03/11/2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=496793&ori=1. Acesso em: 18 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CoIDH. **Parecer Consultivo 23/17 sobre meio ambiente e direitos humanos (OC-23)** [2022]. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 8 jul. 2022.

FREITAS, Juarez. **O controle judicial dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, Jason. **Os artigos federalistas**. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. São Paulo: Faro Editorial, 2021. Título original: The federalist papers.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Título original: Die normative Kraft der Verfassung.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Flores, 2000a. Título original: General theory of law and state.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000b. Título original: Reine Rechtslehre.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAPBIOMAS ALERTA. RAD 2021. **Relatório Anual de Desmatamento no Brasil**. Julho de 2022. Disponível em: https://alerta.mapbiomas.org/relatorio. Acesso em: 18 dez. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

POZZOLO, Suzana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Tradução de Josep M. Vilojosana. **DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [*s.l.*], v. 21, n. 2, p. 339-353, dezembro 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Álvaro Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Litigância climática, proteção do ambiente e a ADPF 708. **Conjur**, 25 set. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-25/direitos-fundamentais-litigancia-climatica-protecao-ambiente-adpf-708df. Acesso em: 25 jul. 2022.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituição Burguesa**: Qu'est-ce que le Tiers État. Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

WEDY Gabriel; MOREIRA, Rafael Martins Costa. O controle judicial das ações e das omissões estatais em políticas climáticas. *In:* 25º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL. São Paulo: Instituto O Direito por Um Planeta Verde, 2021. p. 860-883. **Anais** [...]. São Paulo, 2021.

Evandro Régis Eckel

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

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

Endereço profissional: Procuradoria-Geral do Estado, Anexo I, Rua Luiz Sanches Bezerra da Trindade, n. 111, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88015-160.

Ricardo Stanziola Vieira

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

E-mail: ricardostanziola@univali.br

Endereço profissional: Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Rua Uruguai, n. 458, Setor D1, Sala 401, Itajaí, SC. CEP: 88302-901.

Recebido em: 04/07/2023

Aceito em: 24/07/2023

Como referenciar este artigo

ECKEL, Evandro Régis; VIEIRA, Ricardo Stanziola. O Julgamento da ADPF 708 (Fundo Clima) pelo STF Brasileiro na Perspectiva do Direito Constitucional Contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 271-307, dezembro de 2023.

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

O Papel das Corporações Transnacionais na Regulação do Dano Ambiental Transnacional

Felipe Wildi Varela[1]
Maykon Fagundes Machado[2]
[1]Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil
[2]Comissão do Meio Ambiente da OAB, Itajaí, SC, Brasil

Resumo

A presente pesquisa teve como objeto a análise pontual do surgimento do fenômeno da transnacionalidade, sobretudo com ênfase no mercado empresarial e na busca pela sustentabilidade global. Pretende-se analisar o surgimento das corporações transnacionais que impactam o mundo pela sua indústria desenvolvida e potencialmente lesiva ao meio ambiente, entretanto fundamental ao desenvolvimento, sendo necessária a conciliação de ambos – desenvolvimento e proteção ambiental, em prol de um desenvolvimento sustentável transnacional. Como objetivo específico, o intuito é destacar que os danos ambientais eventualmente causados por corporações transnacionais possuem dimensões que perpassam fronteiras e, obviamente, carecem de uma tutela transnacional. Utilizou-se para a elaboração desta pesquisa, nos moldes da Humildade Científica, o método indutivo, adotando-se, a partir deste, a técnica de investigação bibliográfica.

Palavras-chave: Corporações; Transnacionalidade; Sustentabilidade; Dano ambiental.

The Role of Transnational Corporations in Regulating Transnational Environmental Damage

Abstract

The purpose of this research was to specifically analyze the emergence of the phenomenon of transnationality, especially with an emphasis on the business market and the search for global sustainability. The aim is to analyze the emergence of transnational corporations that impact the world through their developed industry that is potentially harmful to the environment, however fundamental to development, requiring the reconciliation of both – development and environmental protection, in favor of transnational sustainable development. As a specific objective, the aim is to highlight that the environmental damage eventually caused by transnational corporations has dimensions that cross borders and, obviously, require transnational protection. For the preparation of this research, along the lines of Scientific Humility, the inductive method was used, adopting, from this, the bibliographical investigation technique.

Keywords*: Corporations; Transnationality; Sustainability; Environmental damage.*

1 Introdução

Na contemporaneidade, compreende-se que a humanidade vem se transformando em conjunto com as suas relações sociais e de mercado de tal forma que, até mesmo, a estrutura jurídico-normativa vigente carece de constantes alterações e novas reflexões para bem acolher as demandas emergentes.

Uma das alterações significantes no âmbito do Direito trata do surgimento da dita transnacionalidade, que, conforme preconiza a professora Stelzer (2011, p. 16): "[...] não é fenômeno distinto da globalização (ou mundialização), pois nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito Transnacional".

Ora, de acordo com Stelzer (2011), há mudanças perceptíveis entre internacionalização e globalização, não se confundindo com o fenômeno da transnacionalidade, pois na internacionalização não se nota alcance global, haja vista que as relações estatais estão postas sob a concepção de uma soberania horizontal plena, e, nesse ínterim, a multinacionalização, embora tenha caráter de expansão, não se enquadra em uma escala global, entretanto, pode-se dizer que a globalização:

> [...] é um processo paradigmático, multidimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano dos Estados-nacionais e pela emergência dos novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e de economia, fortemente apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transportes, multiplicando-se em rede, de matriz essencialmente heurística [...]. Trata-se de fenômeno mais intenso que a internacionalização, não se restringindo à concepção de expansionismo estatal. Não se identifica com a multinacionalização, pois de igual modo não se limita à multiplicação das relações empresariais em mais de um Estado (Stelzer, 2011, p. 17-18).

Sendo assim, com a globalização, a soberania estatal perde o conceito de ser plenamente absoluta, impermeável, percebendo-se,

por conseguinte, os reflexos da transnacionalização, isso por intermédio da "desterritorialização dos relacionamentos político-sociais", impulsionada pelo sistema econômico internacional capitalista que articula e age à margem das soberanias dos Estados e até mesmo possui força para modelar parâmetros normativos, considerado seu poder (Stelzer, 2011).

Pois bem, considerando de forma sintética as transformações globais emergentes no que tange à economia e ao capitalismo global, imperioso destacar que a transnacionalidade se faz mui visível, por exemplo, quando se fala de proteção do meio ambiente, inclusive, considerando-se que atualmente corporações transnacionais ditam as regras para as soberanias e, eventualmente, acabam por gerar danos ambientais irreparáveis, para isso, pensa-se ser necessário uma tutela transnacional.

Segundo Cruz e Bodnar (2011a, p. 156):

> O Direito Ambiental é a maior expressão de solidariedade que corresponde à era da Cooperação Internacional, a qual deve manifestar-se ao nível de tudo o que constitui o patrimônio comum da humanidade. Assim, somente com a consolidação de um verdadeiro Estado Transnacional Ambiental, como estratégia global de Cooperação e Solidariedade, é que será possível assegurar um futuro com mais justiça e sustentabilidade.

Ademais, considerar as corporações transnacionais como agentes responsáveis pela busca de uma sustentabilidade global alinhados nas discussões e tratados internacionais que visam à pauta ecológica global parece ser uma alternativa considerável, mormente quando se tem a concepção de que eventuais danos ambientais podem causar impactos transnacionais, vez que não se limitam as fronteiras nacionais, aliás, não existe por exemplo, o "jogar o lixo fora", igualmente, não existe o dano ambiental limitado a linhas imaginárias de divisões geográficas nacionais.

Em suma, reitera-se que o presente estudo possui por **objeto** a análise pontual do surgimento do fenômeno da transnacionalidade, com ênfase no mercado empresarial e na busca pela sustentabilidade global.

Partindo da técnica do referente[1], figura como **objetivo geral** analisar o contexto do dano ambiental transnacional, notadamente no que se refere ao surgimento das corporações transnacionais que impactam o mundo pela sua indústria desenvolvida e potencialmente lesiva ao meio ambiente, entretanto fundamental ao desenvolvimento, sendo necessária a conciliação de ambos – desenvolvimento e proteção ambiental, em prol de um desenvolvimento sustentável transnacional.

Como **objetivo específico**, enfim, busca-se destacar que os danos ambientais eventualmente causados por corporações transnacionais possuem dimensões que perpassam fronteiras e, obviamente, carecem de uma tutela transnacional.

Para se desenvolver a base lógica deste artigo na fase de investigação, optou-se, nos moldes da Humildade Científica, pela adoção do Método Indutivo. As técnicas de pesquisa acionadas para se cumprir com a finalidade proposta pelo método eleito são as de Pesquisa Documental e Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional (Pasold, 2015).

As adoções dessas últimas ferramentas são imprescindíveis para se estabelecer, com clareza necessária, o Acordo Semântico entre os escritores e o leitor(es), a fim de se estabelecer, minimamente, quais são os pressupostos teóricos que conduzem o desenvolvimento, inclusive ideológico, deste estudo.

Justifica-se, portanto, a presente pesquisa pela atualidade da temática, principalmente verificando-se que a problemática possui repercussão internacional, vez que o conceito de transnacionalidade discute-se há mais de 50 anos e desde então os doutrinadores se debruçam a investigar particularidades do tema e de como esse se demonstra cada vez mais visível na atualidade. A proteção do meio ambiente e as corporações transnacionais trazem à tona essa reflexão, a partir do momento que se percebe que: 1) o dano ambiental é transnacional[2];

---

1 A perspectiva conceitual da Técnica do Referente, entendida como a "[...] explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa [...]", foi extraída da obra de Pasold (2015, p. 217).

2 A professora portuguesa Ana Sofia Barros explica que, o dano transnacional se refere à atividade de uma empresa multinacional num país estrangeiro e aos respetivos impactos ambientais nesse país. Ao passo que, o dano transfronteiriço caracteriza-se por se referir a uma atividade industrial existente em um determinado Estado, com repercussões ambientais para além das fronteiras desse Estado (Barros, 2012. p. 21).

e 2) as empresas transnacionais são reais e possuem grande *locus* no mercado internacional e praticamente ditam regras para as soberanias nacionais pelo mundo.

Busca-se, ainda como propósito, causar uma reflexão e contribuir para o esclarecimento do(a) leitor(a) acerca deste relato de pesquisa ao destacar a relevância da discussão, seja sob o viés do conceito de transnacionalidade, bem como no que concerne às corporações transnacionais, com ênfase na proteção do meio ambiente que estas devem atentar, sobretudo atualmente em tempos de critérios rígidos, como o Environmental, Social and Governance (ESG), em prol de uma sustentabilidade global que, inclusive, possua mecanismos próprios de prevenção de danos ambientais transnacionais, por todo o mundo, considerando sempre que a terra é o nosso único lar.

2 O Fenômeno da Transnacionalidade e a Sustentabilidade Global

Na pós-modernidade[3], imperioso destacar que a tônica da transnacionalidade, embora possa parecer novíssima, já era discutida desde meados da década de 1960, quando um dos precursores no assunto, o professor Phillip Jessup (1965), lançou a obra "*Transnational Law*".

Sabe-se que nessa obra, como marco dos estudos na temática, o autor se debruça sobre as ideias dos laços inter-relacionados da comunidade mundial, essencialmente considerando que as relações dos setores da Economia já perpassavam as fronteiras, estando, portanto, superada a noção de Direito Internacional, cabendo então a formulação de um novo conceito para o fenômeno emergente.

De acordo com Oliviero e Cruz (2012, p. 22):

> O debate sobre o Direito Transnacional justifica-se, então, principalmente no fato de que o Direito Nacional e o Direito Internacional – mesmo considerando a criação

3 "A pós-modernidade é, por isso, como um movimento intelectual, a crítica da modernidade, a consciência da necessidade de emergência de uma outra visão de mundo, a consciência do fim das filosofias da história e da quebra de grandes metanarrativas, demandando novos arranjos que sejam capaz de ir além dos horizontes fixados pelos discursos da modernidade" (Bittar, 2009, p. 146).

> de novas estruturas e organizações interestatais – não geraram mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais. Também o Direito Comunitário, que regula uma das manifestações da nova ordem mundial, caracterizada por novas relações e novas manifestações de atores e instituições, não apresenta bases teóricas suficientes para a caracterização de um ou mais espaços públicos transnacionais.

Compreendem, portanto, os autores que, com a ausência de mecanismos eficazes para solucionar os impasses apresentados na atualidade, somente com a criação de novos espaços transnacionais se resolveria tais situações, assim como já se pode perceber timidamente pelo mundo, quando se fala do sistema europeu e, ainda, por intermédio de tribunais chamados de internacionais, dotados, alguns, de tutela que poder-se-ia dizer transnacionais.

A fim de situar o leitor no contexto da transnacionalidade que se propõe, parte-se, portanto, da premissa de que o próprio Meio Ambiente, ou tão somente ambiente, bem como a Sustentabilidade em si já apresentam demandas transnacionais, estas próprias do colapso na ecologia[4] e nos ecossistemas pelo mundo, considerando-se, atualmente, a elevada carga de gases estufas liberados no ar, favorecendo as trágicas mudanças climáticas, muito enfatizadas na contemporaneidade.

Miglino (2007), em artigo denominado "Uma Comunitá Mondiale Per La Tutela Dell Ambiente", afirma justamente que essas demandas transnacionais do ambiente intensificarão, portanto, cada vez mais a necessidade da criação de centros de poder transnacional, aptos a

4 Ecologia é palavra proveniente do grego *oikos* ("lar") – é o estudo do Lar Terra. Mais precisamente, é o estudo das relações que interligam todos os membros do Lar Terra. O termo foi introduzido em 1866 pelo biólogo alemão Ernst Haekel, que o definiu como " a ciência das relações entre o organismo e o mundo externo circunvizinho". Em 1909, a palavra *Umwelt* ("meio ambiente"), foi utilizada pela primeira vez pelo biólogo pioneiro da ecologia do Báltico Jakob von Uexküll. Na década de 1920, concentravam-se nas relações funcionais dentro das comunidades animais e vegetais. Em seu livro, "*Animal Ecology*", I Charles Elton introduziu os conceitos de cadeias alimentares e de ciclos de alimentos, e considerou as relações de alimentação no âmbito de comunidades biológicas como seu princípio organizador central. Uma vez que a linguagem dos primeiros ecologistas está muito próxima daquela da biologia organismos, conforme afirma Capra (2006, p. 43).

debaterem e a aplicarem até mesmo sanções, considerada a relevância da temática transnacional posta.

Sobre o surgimento de um novo paradigma, inclusive atrelado à lógica da transnacionalidade, Cruz e Bodnar (2011b, p. 80) enfatizam a Sustentabilidade Global, alegando que:

> [...] surge a necessidade da emergência e da consolidação de um novo paradigma do direito que deve ser mais dúctil e operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos no atual contexto de complexidade. A sustentabilidade emerge, naturalmente, como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada.

Ora, veja-se, portanto, que a Sustentabilidade Global não se trata meramente de uma busca sofisticada de soluções para ambientes internos nacionais, mas sim uma emergência transnacional que se aproxima e tem laços com todos os países do globo de forma interligada e simultânea, uma vez que eventuais danos ambientais não são locais, mas sim transnacionais, isto é, perpassam fronteiras.

Sendo assim, conforme afirma Staffen (2015, p. 22), reitera-se concordando, no mesmo sentido, que: "[...] pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais".

Ademais, torna-se necessário enfatizar o entendimento de que vivemos na era do antropoceno[5], ou seja, os efeitos das mudanças climáticas começam por surgir de forma frequente, provocando terremotos, incêndios florestais, maremotos, tudo isso cumulado ao fato da sobrecarga da terra – a constatação de que a terra não possui mais capacidade de suporte para sustentação da vida como ela se apresenta, já que consome recursos, necessitando, portanto, de

5 "Desde os anos 80, alguns pesquisadores começaram a definir o termo Antropoceno como uma época em que os efeitos da humanidade estariam afetando globalmente nosso planeta. O prêmio Nobel de Química (1995) Paul Crutzen auxiliou na popularização do termo nos anos 2000, através de uma série de publicações discutindo o que seria essa nova era geológica da Terra [...] na qual a influência humana se mostra presente em algumas áreas, em parceria com as influências geológicas. A humanidade emerge como uma força significante globalmente, capaz de interferir em processos críticos de nosso planeta, como a composição da atmosfera e outras propriedades" (Artaxo, 2014, p. 15).

diálogos transnacionais em prol de uma solução global em prol da Sustentabilidade[6].

Entende-se, assim, as repercussões transnacionais da Sustentabilidade, inclusive sob a ótica do efeito borboleta[7], pois um dano considerável dentro do território brasileiro pode afetar inclusive países fora da América Latina, por exemplo, considerada a dimensão transnacional da Sustentabilidade.

Enfim, ainda sobre a necessidade de conceituar esse fenômeno em discussão e inclusive de diferenciá-lo da globalização, Stelzer (2011, p. 11) afirma que:

> A transnacionalização pode ser compreendida como um fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos políticos-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem da soberania dos Estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente com a concepção do transpasse estatal. Enquanto a globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência de Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio.

Por fim, conclui-se este capítulo, conforme diria Trennepohl (2017, p. 35), da seguinte forma: "[...] o mundo ficou plano e as fronteiras mais próximas [...]", a necessidade da governança[8], as intensificações no

6 Sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender às necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução" (Boff, 2013, p. 107).

7 O Efeito Borboleta é uma noção criada por Edward Lorenz, meteorologista americano, e utilizada pela teoria do caos para demonstrar a sensibilidade das condições iniciais em sistemas caóticos, a saber, pequenas perturbações nas condições iniciais como um bater de asas de uma borboleta no Rio de Janeiro pode desencadear um tufão no Japão (Morais da Rosa, 2016. p. 79).

8 "[...] a governança refere-se ao modo pelo qual os governos articulam e coordenam suas ações, em cooperação com os diversos atores sociais e políticos e sua forma de organização institucional. Uma boa governança é requisito essencial para o desenvolvimento sustentável, o crescimento econômico, a equidade social e direitos humanos sob o prisma da igualdade" (Santos, 1997).

capitalismo, principalmente a importância de repensar o paradigma da Sustentabilidade, nos remete cada vez mais a ver o mundo com novos olhos, com olhares transnacionais.

3 Das Corporações Transnacionais como Atores em Busca da Sustentabilidade no Mundo

Em um processo de consolidação de uma governança global em prol da Sustentabilidade, não se pode desconsiderar o papel das corporações transnacionais no processo de atitudes e de conscientização, em que todos ganham e, especialmente, ganha a sobrevivência da espécie humana na terra.

Sabe-se que com o advento de um capitalismo forte, que busca desenvolvimento[9], as empresas evoluíram sobremaneira ao longo dos anos, tornando-se verdadeiros impérios e tendo sedes e filiais por todo o mundo. Logo, obviamente que esse tipo de atuação global dessas empresas, a qual se denomina aqui de corporações transnacionais, carece exclusivamente de um olhar e de uma tutela diferenciada, principalmente quando provocam danos ambientais que perpassam igualmente as fronteiras nacionais.

Barros (2012), por exemplo, destaca a necessidade da criação de uma ordem jurídica transnacional, com aptidão para evitar tais tipos de acidentes, como se pode ver:

> A ocorrência de acidentes industriais em países de desenvolvimento, amplamente divulgados e mediatizados, como a tragédia em Bhopal, na Índia, e outros casos menos conhecidos de atividades industriais intrinsicamente danosas, entre eles, de poluição por mercúrio atribuída à fábrica Hundstan Lever, também na Índia, e de envenenamento por mercúrio pela empresa Thor

9 O desenvolvimento (que, lembrando, normalmente implica, por si só, crescimento), mesmo sendo muito "sustentável", não é, pois, o único caminho, mas uma opção a mais contribuindo com o objetivo da Sustentabilidade. É o mais desejável, sem dúvida, sempre que for possível e consequente, mas nunca inexorável. Em última análise, a Sustentabilidade deve ser entendida como a meta global a ser atingida e o desenvolvimento sustentável como um dos instrumentos que devem permitir sua consecução (Cruz; Ferrer, 2015, p. 243).

> Chemicals, na África do Sul, alertam para a urgência de uma nova ordem internacional (Barros, 2012, p. 16).

Ademais, quando se fala na criação de uma nova ordem mundial apta a solucionar impasses como esse aqui relatado, pode-se pensar, inclusive na necessidade de uma interação global, ou seja, uma democracia globalizada, justamente para poder participar igualmente dessas discussões transnacionais.

Nesse sentido, Ponte (2019, p. 141, tradução nossa) faz considerações pertinentes, pontuando que:

> No mundo de hoje, salvo catástrofes que ninguém deve esperar, a globalização, mesmo que sofra uma pausa no seu desenvolvimento, é quase inevitável, o que afeta cada vez mais a soberania nacional. Em um planeta tão conectado e populoso como o que temos, não há alternativa a não ser continuar trabalhando para alcançar um desenho institucional que permita à democracia, sem sofrer desgaste excessivo de suas características essenciais, estender-se para além dos limites do Estado.
>
> Uma vez que a globalização é algo difícil de travar e a democracia é a base da legitimidade política e das melhorias para os povos, o que deve ser adaptado é o modelo de soberania nacional[10].

Entretanto, embora possa se falar da noção de democracia transnacional, não se compreende que a integralidade da soberania dos países será dissipada[11], eventualmente algumas limitações podem surgir, entretanto a ideia da transnacionalidade surge justamente com

---

10 "En el mundo de hoy, salvo catástrofes que nadie debería desear, la globalización, anque sufra paréntesis em su desarrollo, es casi inevitable, lo que afecta cada día mas a la soberania nacional. En un planeta tan conectado y poblado como el que tenemos no hay alternativa a seguir trabajando en conseguir um diseño institucional que permita que la democracia, sin sufrir um excesivo desgaste en sus características essenciales, se extienda más allá de los límites del Estado.Sendo la globalización algo difícil de parar y la democracia la base de la legitimidad política y de las mejoras de los pueblos, lo que debe adaptarase es el modelo de soberania nacional".

11 Declaração de Estocolmo, "Princípio 21 Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional" (ONU, 2023).

o objetivo de organizar e coordenar ações de forma efetiva, a exemplo da busca pela Sustentabilidade global.

A noção de transnacionalidade, em especial no que se refere ao meio ambiente, não surge igualmente pautada em um imaginário internacional abstrato, mas decorre de uma série de compromissos internacionais que vêm sendo firmados por décadas, mostrando o comprometimento dos países com o mundo, forte no que se refere a preservação dos ecossistemas.

Barros (2012, p. 65) estabelece no mesmo sentido que:

> Em 1972, estabeleceu a Declaração de Estocolmo, no seu Princípio 1, que "(o) Homem tem o direito à igualdade, à liberdade e as condições de vida satisfatórias, num ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar, cabendo-lhe o dever solene de proteger e melhorar o ambiente para as gerações vindouras". Sem grandes artefatos, tal asserção reflete o entendimento de que a proteção do ambiente e os direitos humanos são inseparáveis e inter-relacionados. O direito a um ambiente sadio aparece consagrado, embora com redação ligeiramente diversa, em algumas convenções internacionais, como sejam, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, o "Protocolo de São Salvador" e a convenção de Aarhus. Paralelamente, foi também reconhecida em alguns instrumentos internacionais vinculativos a existência de um elo estreito entre a proteção do ambiente e o gozo de direitos humanos, nomeadamente, a Convenção sobre os Direitos das Criança, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho n. 169 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, investida de efeito jurídico vinculante pelo Tratado de Lisboa.

Em suma, essa concepção abordada em tratados internacionais, considerando meio ambiente como direito humano, deve ser plenamente respeitada nas três esferas, seja nacional, regional e municipal, e, principalmente, na urbe, onde a vida acontece.

Logo as corporações transnacionais, como fomentadoras de um desenvolvimento global, vêm cada vez mais se conscientizando da relevância da pauta ambiental, inclusive porque dela decorre um

status verde e de credibilidade. Entretanto, as imposições ecológicas devem ser encaradas como centrais nas negociações, não meramente para obtenção de lucro, mas almeja-se que, de fato, seja realmente com consciência ecológica e sabendo que a terra é o nosso único lar[12].

Enfim, as corporações transnacionais, que chegam a ditar regras as soberanias nacionais, devido ao seu poderio global, possuem papel fundamental na mudança desejada no mundo, seu bom exemplo, suas ações de sustentabilidade interna e, inclusive, sua influência no mundo são determinantes para se chegar a esse estágio de evolução sustentável em todo o planeta Terra.

4 Do Dano Ambiental Transnacional: perspectivas para um novo mundo desenvolvido ecologicamente

Muito embora possa parecer clarividente que o dano ambiental não esteja adstrito a linhas geográficas, cumpre neste capítulo esclarecer que, na ocorrência de eventual desastre de natureza ambiental, não só a localidade afetada pode sofrer prejuízos de médio-longo prazo, mas igualmente todo o mundo.

Fala-se isso justamente da concepção de que tudo está interligado[13], os ecossistemas pelo mundo não conhecem fronteiras, exemplo disso são os rios voadores, fenômeno interessantíssimo que comprova a interação dos sistemas.

Trennepohl (2017, p. 30-31), nessa perspectiva, nos lembra que:

> Hoje os efeitos de qualquer impacto ambiental transcendem as linhas geográficas imaginárias dos Estados. Principalmente os problemas relacionados à poluição atmosférica, que ganharam contornos mais acentuados após a Segunda Guerra, a exemplo da chuva ácida e

12 "[...] Assim, políticas que reencontrem uma compatibilização da atividade econômica com o aumento das potencialidades do homem e do meio natural, sem exauri-las; apoiadas por normas de incentivo à pesquisa científica de proteção dos recursos naturais e de garantia de uma qualidade ambiental, são expressões do direito do desenvolvimento sustentável – uma outra forma de ver e compreender o direito ambiental" (Derani, 2008. p. 156).

13 "[...] Tudo está interligado. Por isso, exige-se uma preocupação pelo meio ambiente, unida ao amor sincero pelos seres humanos e a um compromisso constante com os problemas da sociedade" (Papa Francisco, 2015, p. 59).

> dos *fogs* e *smogs*, acentuadamente na Inglaterra e na Alemanha, e do efeito estufa (*greenhouse effect*), de proporções globais.

Nessa passagem, o autor recorda de casos/desastres de suma importância na perspectiva da análise científica que ganharam notoriedade, principalmente porque o efeito decorrente deles causou e ainda poderá causar complicações no mundo inteiro. Logo, parece coerente reforçar que a transnacionalidade se demonstra visível nesses *cases* e demanda estudo e análise aprofundada, sobretudo quando se fala em sua relação com o meio ambiente.

Ademais, considerando esses inúmeros desastres ambientais que ocorrem no mundo, seja em decorrências de atores globais, a exemplo das corporações transnacionais, ou então, seja ainda da própria revolta de Gaia – a "Mãe Terra", Beck (2010, p. 34) alerta há décadas sobre o surgimento de uma Sociedade do Risco, da seguinte forma:

> De um lado, muitas ameaças e destruições já são *reais e irreais*. De um lado, muitas ameaças e destruições já são reais: rios poluídos ou mortos, destruição florestal, novas doenças etc. De outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside nas *ameaças projetadas no futuro*. São, nesse caso, riscos que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se torna impossível [...].

Entretanto, compreende-se que, decorrente do conceito de "desenvolvimento sustentável", cunhado no Relatório Brundtland de 1987, é possível extrair que o desenvolvimento econômico é sobremaneira relevante, assim como a proteção ambiental, logo, necessita-se de um equilíbrio nessa balança de fatores, sendo que, não havendo essa ordem, certamente o caos e o extremismo se instalarão.

Para Leff (2001, p. 26-27), por exemplo, fica bem claro que:

> O discurso da sustentabilidade busca reconciliar os contrários da dialética do desenvolvimento: o meio ambiente e o crescimento econômico. Este mecanismo ideológico não significa apenas uma volta de parafuso a mais da racionalidade econômica, mas opera uma volta e um torcimento da razão; seu intuito não é internalizar

> as condições ecológicas da produção, mas proclamar o crescimento econômico como um processo sustentável, firmado nos mecanismos do livre mercado como meio eficaz de assegurar o equilíbrio ecológico e a igualdade social.

Nesse ínterim, os riscos e as ameaças atuais surgem como fenômenos da modernização[14]. Há sempre novos riscos, por exemplo, com tecnologias de inteligência artificial, tecnologia 5G e outras opções que a modernidade nos apresenta, entretanto, esses ditos criadores devem agir com precaução, a fim de mitigar possíveis danos futuros, especialmente os ambientais.

Por fim, considerar o dano ambiental como de alcance transnacional torna-se uma medida inicial, a fim de realmente estabelecer diretrizes ecológicas pelo mundo, pois tudo inicia-se na consciência, logo, governos, corporações e sociedades conscientes unidos entre si podem, sem dúvida alguma, salvar o mundo!

5 Considerações Finais

Em suma, retoma-se aos objetivos geral e específico para trazer estas considerações finais.

Como objetivo geral pretendeu-se analisar o dano ambiental transnacional, notadamente no que tange ao surgimento das corporações transnacionais que impactam o mundo pela sua indústria desenvolvida e potencialmente lesiva ao meio ambiente, entretanto fundamental ao desenvolvimento, sendo necessária a conciliação de ambos – desenvolvimento e proteção ambiental, em prol de um desenvolvimento sustentável transnacional.

Como objetivo específico, buscou-se destacar que os danos ambientais eventualmente causados por corporações transnacionais

14 "[...] os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhante por for a, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior" (Beck, 2011. p. 26)

possuem dimensões que perpassam fronteiras e, obviamente, carecem de uma tutela transnacional.

Conclui-se a partir desses objetivos que realmente o surgimento das corporações transnacionais pode ser encarado por muitos como potenciais lesivos ao meio ambiente, entretanto, igualmente pode-se vislumbrar uma série de tratados internacionais e, sobretudo, uma preocupação global no que se refere à sustentabilidade no mundo, logo, essas empresas acabam aderindo a tais tendências globais, ainda que forçadamente em prol da coletividade.

Destacou-se a relevância de considerar o dano ambiental como transnacional, pois a partir do momento que todos os setores e, inclusive, o setor público possuem essa consciência, sem dúvida, toda a coletividade ganha e, principalmente, a nossa sobrevivência nesse planeta se mantém.

Ademais, é possível voltar às lições de Morin (2015, p. 100), quando ele celebra a ideia de terra-pátria da seguinte forma:

> A conscientização dessa comunidade de destino terrestre deve tornar-se o evento-chave do século XXI: devemos nos sentir solidários com este planeta, cuja vida condiciona a nossa. É preciso salvar o soldado Terra! É preciso que salvemos nossa Pachamama, nossa Terra mãe! Para nos tornarmos plenamente cidadãos da Terra, é imperativo mudar nosso modo de habitá-la!

Incentiva-se, enfim, o aprofundamento da temática, pois não se teve em hipótese alguma o interesse em esgotá-la, a fim de que o leitor pesquise acerca do tema abordado no presente artigo, considerando-se a relevância do debate sobre a transnacionalidade, sob o viés e dentro da perspectiva ambiental, e, ainda, os desdobramentos dos impactos das empresas transnacionais no mundo, e, sobretudo, o dano ambiental transnacional.

Referências

ARTAXO, Paulo. Uma nova era geológica em nosso planeta: o Antropoceno? **Revista da USP**, São Paulo, n. 103, 2014. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/99279. Acesso em: 3 ago. 2021.

BARROS, Ana Sofia. **Multinacionais e a deslocalização das indústrias perigosas**. Coimbra: Coimbra, 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 26.

BITTAR, Eduardo C. B. O. **Direito na pós-modernidade**: reflexões frankfurtianas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é: o que não é. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. *In*: CRUZ, Paulo Márcio (org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011a. p. 159-176.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade.**Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, [*s.l.*], v. 3, n. 1, 2011b.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

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

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. São Paulo: Vozes, 2001.

MIGLINO, Arnaldo. Una comunitá mondiale per la tutela dell'ambiente. **Revista Archivo Giuridico**, Roma, Itália, v. CCXXVII, Fascicolo IV, 2007. (Editada por Filippo Serafini e publicada pela Mucchi Editore).

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos.** 3. ed. rev. e atual. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. 2. ed. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, 2012.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. *In*: CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE HUMANO. **Anais** [...]. [*S.l.*]. 2023. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br. Acesso em: 16 jun. 2023.

PAPA FRANCISCO. **Laudato si**: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulus; Loyola, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PONTE, Enrique Sáez. **La libertad em el siglo XXI**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

SAAVEDRA, Fernando Jaime Estenssoro. **Medio ambiente e ideología**: la discusión pública en Chile, 1992-2002. Santiago: Ariadna; Universidad de Santiago de Chile – USACH, 2009.

SANTOS, Maria Helena de Castro. **Governabilidade, Governança e Democracia**: criação de capacidade governativa e relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-constituinte. Rio de Janeiro, RJ: [*s.n.*], 1997. v. 40, n. 3.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 15-54.

TRENNEPOHL, Terence. **Direito Ambiental Empresarial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Felipe Wildi Varela

Procurador do Estado de Santa Catarina. 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.

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

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

Maykon Fagundes Machado

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bolsista Fapesc-Univali. Pós-Graduado em Jurisdição Federal pela Escola da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina (ESMAFESC) e em Direito Ambiental pela Faculdade CERS. Graduado em Direito pela Univali, com o título Mérito Estudantil. Advogado (OAB/SC 58.416). Vice-Presidente da Comissão de Direito Público do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Presidente da Comissão do Meio Ambiente da OAB Subseção de Itajaí (SC). Membro da Comissão Estadual da OAB/SC em Desenvolvimento e Infraestrutura. CV: http://lattes.cnpq.br/5584227459288564.

E-mail: adv.maykonfagundes@gmail.com.

Endereço profissional: Morgan Castagnaro Advogados. R. 1301, 471, Top Class Corporate, Centro, Balneário Camboriú, SC. CEP: 88330-795

Recebido em: 16/06/2023

Aceito em: 18/07/2023

Como referenciar este artigo

VARELA, Felipe Wildi; MACHADO, Maykon Fagundes. O Papel das Corporações Transnacionais na Regulação do Dano Ambiental Transnacional. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 309-326, dezembro de 2023.

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

O Protagonismo da Extinta Audiência de Conciliação Administrativa no Processo Administrativo Sancionador Ambiental Federal

Fernando Sartori[1]

[1]Procuradoria-Geral do Município, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo pretende demonstrar a consensualidade administrativa ambiental que esteve impulsionada com a audiência administrativa conciliatória prevista no processo administrativo federal fiscalizatório. Em razão da natureza dos conflitos ambientais e do fracasso judicial em promover uma tutela rápida, particulares, ou se moveram paulatina e voluntariamente para uma adequação e conformidade às normas ambientais, ou conjugam esforços cooperativos com o Poder Público no aspecto decisório, tanto em processos de licenciamento de atividades como em processos fiscalizatórios. A governança pública cuidou de preparar o terreno para alterações legislativas que propiciaram um espectro de decisão coordenada por contar com a participação do administrado, prevenindo ou tratando melhor os conflitos já instalados. A revogação da fase de audiência conciliatória, no seio da autuação dos órgãos federais, embora evidentes os seus benefícios, representa equívoco.

Palavras-chave: Conflitos ambientais; Decreto n. 6.514/2008; Consensualidade.

The Protagonism of the Extinct Administrative Conciliation Hearing in the Federal Environmental Administrative Sanctioning Process

Abstract

This article aims to demonstrate the environmental administrative consensuality that has been boosted by the conciliatory administrative hearing provided for in the federal administrative inspection process. Due to the nature of environmental conflicts and the failure of the courts to provide swift protection, private individuals have either gradually and voluntarily moved towards adapting and complying with environmental standards, or have combined cooperative efforts with the public authorities in terms of decision-making, both in activity licensing and inspection processes. Public governance has prepared the ground for legislative changes that have led to a spectrum of coordinated decision-making with the participation of the administered party, preventing or better dealing with conflicts that have already arisen. The repeal of the conciliatory hearing phase in federal agency proceedings, although its benefits are evident, is a mistake.

Keywords*: Environmental conflicts; Decree n. 6.514/2008; Consensuality.*

1 Introdução

A audiência de conciliação prevista dentro do processo administrativo sancionador ambiental, regulado pelo Decreto n. 6.514/2008, foi inserida em 2019 no ordenamento jurídico, aproveitando de ventos legislativos favoráveis ao consenso e à concertação decisória entre órgãos públicos e particulares, dirimindo conflitos administrativos ambientais que, ao fim e ao cabo, afetam a sadia qualidade de vida de todos, e, quando levados à solução judicial, não encontram resposta satisfatória pelo Poder Judiciário.

É imprescindível instrumento que aparelhe melhor o ferramental do contencioso extrajudicial ambiental para término de conflitos dessa natureza, no qual a audiência administrativa despontou como extremamente salutar para impulsionar a decisão coordenada.

2 Os Conflitos em Geral

O homem é um ser social, animal político na definição Aristotélica, que conjuga esforços com os demais da sua espécie, criando vínculos em agrupamentos e dividindo experiências nesses mesmos espaços, por ansiar a satisfação de necessidades para o seu desenvolvimento físico e mental que não seriam possíveis se vivesse isoladamente. A cooperação humana ao longo do transcurso histórico foi fundamental para se alcançar o estágio de desenvolvimento e civilizatório que hoje se vivencia. Para Moreira (2021, p. 33):

> [...] a história e a evolução da humanidade são inseparáveis das relações gregárias e intersubjetivas e estão visceralmente vinculadas à cooperação social e à superação racional das controvérsias inerentes ao agrupamento de indivíduos, sempre acompanhados de suas distintas necessidades e contrastantes concepções de bem.

Nem sempre esse liame foi assim, obviamente. Guerras e disputas de todos os timbres (econômicas, religiosas e territoriais, por exemplo), nessa trajetória, abalaram a coexistência pacífica e a natureza humana associativa, fundamentando a corrente contratualista de Hobbes que

justificou a emergência do Estado Moderno como uma necessidade de evitar que o ser humano atentasse contra seu semelhante por viver em um estado natural de liberdade irrestrita. A paz social seria fruto da renúncia e abdicação de determinadas liberdades dos indivíduos ao Estado, um ente abstrato, superior e delegatário responsável por estabelecer limites, normas e sanções para os casos de abusos e violações àquela coexistência harmônica preconizada pelo ordenamento jurídico. Rousseau, também contratualista, pressupôs um homem essencialmente bom, mas corrompido pela propriedade privada e pela sociedade, de forma que o Estado surge e é conduzido pela vontade geral, momento em que se celebra um contrato social entre a sociedade e cada um dos indivíduos para transferir ao Estado os seus direitos e bens.

Vieira e Pazinato (2021, p. 499) explicitam a ideia de Rousseau de que a desigualdade moral ou política surge na transformação do homem natural em social e das adaptações culturais sobre o sentido de progresso, encontrando-se daí o nascedouro da propriedade privada e a emergência de leis e governantes, fatores de categorização de homens, respectivamente, em ricos e pobres, poderosos ou subalternos.

Seja pela concepção e modelo humanos naturalmente associativos de Aristóteles, seja pela convivência harmoniosa forçada das teorias dos contratualistas, os conflitos e a sua existência são inerentes a quaisquer sociedades, surgidos dos interesses egoísticos e particulares de cada um dos membros que as compõem que possam colidir com interesse almejado por outro integrante do mesmo agrupamento e tecido sociais. Os dissensos nascem da interação social, e o contraste entre os indivíduos relacionais surgem das diferenças potenciais entre eles.

Entelman (2002), ao buscar um conceito de conflito em geral, utiliza-se daquele desenhado por Freund, nos seguintes termos:

> O conflito consiste em um confronto ou embate intencional entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam um em relação ao outro uma intenção hostil, geralmente sobre um direito, e que, para manter, afirmar ou restaurar o direito, tentam quebrar a resistência do outro, eventualmente usando a violência, o que poderia levar à aniquilação física do outro (Freund, 1983, p. 65 *apud* Entelman, 2002, p. 45, tradução minha).

Sob esse prisma, o conflito é um choque de posições divergentes ou o embate de intenções manifestado pela presença de condutas díspares que surgem entre os contedores, sendo sua noção básica o resultado das diferenças humanas e da insatisfação de suas necessidades e expectativas a respeito de fatos, coisas ou pessoas. Em termos gerais, expressa interesses colidentes entre duas ou mais pessoas, cada qual visando imposição de sua vontade como preponderante.

Por épocas sombrias, a resolução dos conflitos e a satisfação das necessidades humanas individuais recorreram ao emprego da força, com efeitos deletérios por promoverem tão somente a justiça do mais forte e a injustiça para o mais fraco, incapaz, portanto, de sedimentar a paz social entre os membros permanentemente adversariais que compunham essa sociedade, na qual imperava a barbárie. Mas a permanência e a premência da vida em comum, o progresso e a sustentabilidade dos grupos sociais demandaram pensamento e comportamento colaborativos prevalecentes sobre o individualismo autodestrutivo e a busca egoística do interesse próprio.

Assim, o homem supera o caos e a insegurança inquietantes propalados por Hobbes, ao fortalecer o Estado que assumiu a incumbência de dirimir as disputas entre os seus nacionais pautado no direito que determina condutas, deveres e, especialmente, impõe sanções como meio de compor os antagonismos sociais, as insatisfações e garantir a própria estabilidade das instituições. Para Entelman (2002, p. 44, tradução minha), "O ordenamento jurídico resulta ser a mais antiga das estratégias dissuasivas de prevenção de conflitos e apenas um dos métodos disponíveis na sociedade moderna para a administração e resolução de conflitos". O autor argentino, por outro lado, pondera que finalisticamente o direito estatal não se aparta do emprego da força dos tempos primitivos, mesmo que sob ameaça de utilização indireta:

> O direito da sociedade evolucionada não é igual que o das comunidades primitivas. Nestas, a força necessária para aplicar a sanção ficava nas mãos da vítima, seus parentes ou dos membros de sua tribo. Na comunidade estatal, a sociedade monopoliza a força e centraliza seu uso nas mãos de órgãos especializados, os juízes. Mas as ameaças que os indivíduos trocam entre si e as que

> os juízes formulam quando ordenam a entregar bens ou a liberdade são as do simples e descarado uso da força física. O que não é menos porque recebe o nome aristocrático de força pública.
> É correto sustentar que o direito gera paz social quando monopoliza a força e proíbe os indivíduos de usá-la diretamente (Entelman, 2002, p. 60, tradução minha).

Ao fim, conclui que se visualizam relações mais harmônicas se, para a resolução de diferenças, antes de acionar a força pública latente à disposição dos juízes, os sujeitos da comunidade administram ou solucionam boa parte dos problemas surgidos mediante o uso de outros métodos pacíficos e dispostos no ordenamento, sem imposição por sua utilização (Entelman, 2002, p. 61).

Ainda assim, a autotutela, resquício dos tempos anárquicos, mesmo que não estimulada pelos ordenamentos jurídicos atuais, restringiu-se a situações excepcionalíssimas previstas legalmente, observando as condições que a autorizam e desde que limitada a fazer cessar a situação de fato que a permite, sem que se incorram em abusos ou emprego de força ilimitada.

3 Os Conflitos Ambientais e a Ineficácia Judicial

Se intersubjetivamente o homem suplantou a barbárie primária e o estado de natureza incompatível com os desideratos da boa coexistência (com poucos exemplos hodiernos em sentido contrário), o mesmo não pode se dizer com sua relação com o meio ambiente, transitando entre a selvageria e a catástrofe, embora bastante internalizada – em consciências individuais, coletivas e dos Estados – a necessidade de mudanças drásticas e rápidas de conduta na relação com o meio ambiente. O dissenso com o meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser suprimido ou ignorado porque é expresso e sentido cotidianamente pelas alterações climáticas, com as contaminações cumulativas do solo e das águas (muitas vezes perceptíveis a olho nu), como também com o esgotamento visível dos recursos naturais e a perda da biodiversidade, sem olvidar dos problemas ambientais

urbanos – que as grandes metrópoles brasileiras em muito padecem – consubstanciados na poluição atmosférica, descarte inadequado de rejeitos e dejetos e esgotamentos sanitários deficitários ou insuficientes.

Arend (2022, p. 12) qualifica o cenário contemporâneo pós-moderno de extrema conflituosidade e complexo nas relações sociais, engendrando uma realidade de característica peculiar e envolta em um contexto plúrimo de interesses. Sobre o conflito ambiental, inserto nesse panorama, realça que é maximizado – inclusive a busca por sua solução judicial – pela imbricação que tem com a qualidade de vida e a sustentabilidade do planeta, protagonizado pelo embate de grupos sociais divergentes na forma como se relacionam com o ambiente e o corpo social, tratando de "choque de concepções ideológicas que assumem contornos sociais e culturais" e, por sua dimensão planetária e alta complexidade, gera crise da própria civilização, posto que arraigada no consumo e na utilização não sustentável dos recursos naturais. Mais adiante, o autor define a pós-modernidade como o palco da fluidez e de transição paradigmática da certeza para incerteza, e "[...] o que era sólido, seguro, estável, agora passa a ser instável, inseguro e líquido [...]", afetando as estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais e, por isso, catapultando a sensação de desordem generalizada (Arend, 2022, p. 65).

É intuitivo pensar que o conflito, independentemente do espectro da vida humana a que se ligue ou – se jurídico – do direito que o alberga e busca prever a sua resolução, conduz a impactos maléficos ou desagradáveis. O conflito não necessariamente apresenta sempre efeitos negativos, "[...] pois é peça inerente à própria formação da comunidade e, por meio deste, pode-se desenvolver efeitos positivos no desenvolvimento da sociedade – principalmente nas relações entre sujeitos" (Fuzetto; Godoy, 2022, p. 65). Também, na existência de conflitos, depreende efeitos positivos Moreira (2021, p. 37) ao afirmar que eles afastam a ossificação do sistema social, pressionando por inovações e criatividade disruptivas, repelindo a manutenção de interesses consolidados e o *status quo* inquestionável, ao que complementa: "A possibilidade de dissenso incentiva um maior controle do poder social, econômico, político e burocrático e confere às democracias um escudo contra o avanço de regimes totalitários" (Moreira, 2021, p. 38).

Esse viés otimista do conflito como motor para alterações e mudanças inovadoras de atitudes e, até mesmo, de tratamento daqueles embates já existentes e prevenção dos que potencialmente possam vir a existir, não se sustenta quando se olha especificamente para o grau de resolutividade dos conflitos envolvendo o direito ao meio ambiente posto em juízo. Ferreira (2019) consigna que a dificuldade na efetivação da defesa do meio ambiente na arena judicial pode ser exemplificada com a primeira ação civil pública ajuizada no país que veicula matéria ambiental. Buscando a responsabilização das indústrias instaladas na região de Cubatão, SP, por danos ambientais à Serra do Mar, seu trâmite até o julgamento em primeira instância demorou mais de 30 anos, lapso de tempo que adjetiva de absurdo se for considerar que não foi sequer produzida a prova pericial deferida no início do seu curso (Ferreira, 2019, p. 5).

O quadro de ineficiência do Judiciário em prover adequado desfecho aos feitos que envolvem a matéria ambiental é visualizado pelo último Relatório Justiça em Números 2022, de incumbência do Departamento de Pesquisas Judiciárias, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça. Por ele se tornam públicos os dados e a pesquisa sobre a atividade jurisdicional brasileira a fim de que se realizem a análise e os diagnósticos dos problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário, além de fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias (CNJ, 2022).

O tratamento dos dados sobre o tema meio ambiente permitiu as seguintes conclusões:

> Conforme análise dos dados estatísticos sobre os processos ambientais que ingressaram no Poder Judiciário em 2021, vê-se que a parcela mais significativa se encontra no primeiro grau, com 47%, e que 38% se encontram em Juizado Especial [...].
>
> Nota-se um significativo incremento no número de processos no ano de 2021, totalizando 89 mil processos e consistindo em um aumento de 10,4% em relação a 2020, em que o total foi de 81 mil processos [...].
>
> Entre os assuntos ambientais mais demandados na Justiça no ano de 2021, representados na Figura 237, destacam-se crimes contra a flora, crimes contra a fauna

> e crimes contra o meio ambiente e o patrimônio genético, o que demonstra a relação direta com a degradação do meio ambiente, não representando em sua maioria a propositura de ações ambientais de cunho meramente administrativo ou burocrático. Percebe-se também que a flora é um assunto mais recorrente do que a fauna (CNJ, 2022, p. 295-296).

Quando averiguadas a competência da Justiça Estadual e a taxa de congestionamento, aquela que mede, no período de um ano, o percentual de processos pendentes que ficaram aguardando solução em relação ao total dos que tramitaram, nas varas exclusivas, atinge-se o percentual de 81%, sinalizando a dificuldade de se contornar o estoque de processos e o desfecho célere e efetivo que a querela ambiental requer, justamente por envolver o litígio de um bem comum, afeto diretamente à sadia qualidade de todos.

Os dados do Conselho Nacional de Justiça demonstram, em apertada síntese, que a solução jurisdicional estatal concernente aos direitos difusos ambientais é lenta e, ademais, pouco responsável por prevenir a ocorrência de novos casos ambientais, conquanto nem mesmo a reprimenda estatal penal – com potencial para suprimir a liberdade individual – ao final do processo penal ambiental significou uma diminuição dos litígios decorrentes do uso desmedido ou da apropriação indevida dos bens ambientais.

4 Conformidade e Governança Ambientais: primeiros passos

Essa litigiosidade crescente, demonstrada pela escalada de demandas que aportam ao Poder Judiciário para dirimir embates entre a atividade empreendedora humana e os recursos ambientais, vem trazendo à reflexão novos modos de agir e um repensar na forma da tomada de decisões que envolve a natureza e a utilização dos seus elementos, a fim de estancar (prevenir) uma judicialização sobre a reparação dos prejuízos ambientais que, ao final, comprova-se meio inoperante para equilibrar essa relação.

Cita-se, por exemplo, o *compliance*, tendência em voga de institucionalização – ainda restrita pelas empresas de maior porte em razão dos seus custos de implementação –, que cuida de enfatizar, em linhas gerais, a importância do agir em conformidade nas relações jurídicas com terceiros, com a sociedade e com o Poder Público, mediante observância de normas e transparência nas relações jurídicas, facilitando a promoção de mecanismos que elevem a proteção da integridade e da ética do empreendedor, com incentivo à apuração de irregularidades para investigação e, se for o caso, posterior punição. Tais valores, com a sua adoção principiando pelos dirigentes, passam espontaneamente a fazer parte da rotina e da conduta da empresa, descolando-se o cumprimento das normas pelo mero e simples receio de represálias e sanções. Para Correia e Leite (2021, p. 455), "[...] a criação de políticas de integridade, com o intuito de combater o desrespeito pelas normas, é na verdade assumir o compromisso com as boas práticas de governança coorporativa".

Esmiuçando o seu desiderato, Niebuhr e Schramm (2021, p. 260) identificam que, além de estimular uma cultura organizacional empresarial e dar origem a estruturas de controle interno que signifiquem maior aderência aos valores éticos e ao respeito às leis, reduz-se os riscos ínsitos da atividade econômica com o incremento do grau de conscientização dos colaboradores com a criação dos meios ampliativos de prevenção, detecção e correção dos atos desconformes. Correia e Leite (2021, p. 447) compartilham que:

> A previsibilidade dos crimes ambientais, os decorrentes danos e o tamanho do impacto ambiental em que uma empresa é passível de se enquadrar, são susceptíveis de ser reduzidos ou mesmo combatidos, se a organização dispuser de uma política de compliance direcionada à manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cumprindo, por conseguinte, as condicionantes obrigatórias e necessárias expedidas pelo órgão de fiscalização.

Embora notadamente associada à Lei Anticorrupção (Lei n. 12.46/2013) e depois transplantado para a Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016), com suas regras específicas nessas sendas do direito

que combatem a corrupção, a ausência de normatização para outros campos jurídicos não é impeditivo para a elaboração de planejamento e de política empresariais do *compliance* ambiental, por exemplo, sendo aconselhável mesmo que atualmente tímidos, mas com tendência de sua expansão, os benefícios estatais quando comparados aos consolidados pela lei anticorrupção (Niebuhr; Schramm, 2021, p. 261). Nesse vácuo legal do que seria um *compliance* ambiental, propõe-se um arranjo mínimo composto de: a) estruturas aptas – com formação contínua – para catálogo e compreensão da legislação ambiental regente da atividade (tarefa árdua pela profusão de normas ambientais de distintas origens dos entes federativos e pela sobreposição, muitas vezes, de competências administrativas e legislativas ambientais); b) canais de dúvida e denúncia eficientes; c) procedimentos objetivos de averiguação da denúncia, com atribuições predefinidas dos que dele participam; e e) comprometimento da cúpula e da alta administração como espelho aos demais na hierarquia da empresa (Niebuhr; Schramm, 2021, p. 268-274).

O *compliance* ambiental, indubitavelmente, é um importante passo no modo de atuar das empresas que utilizam diretamente recursos ambientais no seu processo industrial ou de prestação de serviços, pois, estimulando e decidindo por um ambiente de negócios fundado em preceitos éticos de respeito aos elementos ecológicos e à legislação protetiva correlata, maximiza a governança corporativa, atrai investimentos, minimiza riscos e desvios de condutas de dirigentes em prejuízo do meio ambiente, afora a manutenção da boa reputação e das imagens públicas da organização com os seus consumidores.

Se o setor empresarial busca meios, caminhos e um novo tratamento com temas ambientais, paralelamente o Estado, também coobrigado com a coletividade a defendê-lo e preservá-lo, conforme a previsão constitucional do artigo 225, tenta modular sua capacidade de agir de forma efetiva no sentido de resolução desses problemas de atuações públicas. Ganha relevo, aí, a governança pública, termo levantado em discussões sobre como o setor e as instituições públicas administram suas relações orgânicas e as que mantêm com a sociedade mais ampla.

Conforme informa Peters (2013, p. 29), governança é um conceito contestado, ora com escolas defensoras de que os serviços estatais

poderiam ser prestados por redes de agentes sociais em razão dos governos serem burocráticos e não democráticos, ora por vertentes pugnando o fortalecimento do Estado no ato de governar. Em seu ponto de vista, todavia, fundamentalmente governança é guiar a economia e a sociedade a objetivos coletivos, e esse processo requer desvendar meios para determinar as metas e, depois, identificar também meios para alcançar as metas em si eleitas preteritamente. Para ele, quatro funções, se realizadas, conduzem a uma boa governança: estabelecimento, coordenação, implementação e avaliação das metas.

O estabelecimento de metas, intuitivo dizer, é o objetivo coletivo perseguido para os quais governos – e seus eventuais parceiros – mobilizarão a sociedade e a economia, desejando-se meios democráticos para a sua fixação, advertindo que alguns deles vislumbrados por líderes e partidos políticos podem ser muito amplos, com meios e metas subsidiárias (como etapa escalonada à concretização daquelas maiores) menos consensuais. O processo político que determina e instrumentaliza as metas depende em grande parte da concepção da instauração de um programa governamental. Ao final, Peters (2013, p. 30) afirma que:

> O estabelecimento desses objetivos coletivos traz problemas potenciais para aqueles que deverão avaliar posteriormente o sucesso ou o fracasso de programas de governo. Se as metas estabelecidas, mesmo sendo valiosas, forem excessivamente ambiciosas, talvez haja um sentimento duradouro de fracasso percebido com relação aos governos. Além disso, meta políticas mais amplas tendem a envolver mais agentes de realização, impõe tensões maiores na segunda das funções necessárias à governança: coordenação e coerência.

A busca por coerência das metas escolhidas, por sua vez, dentro da governança, guarda intimidade com a coordenação entre atividades públicas e privadas. Governos podem eleger variadas metas e programas para atingi-las, mas, se incompatíveis com as do setor privado, a incoerência ou falta de coordenação entre ambos ruma a gastos excessivos pelo Poder Público (indiretamente os contribuintes também são apenados) e a um sentimento da população de ineficiência

com a percepção da piora na qualidade dos serviços públicos, embora possa ser mais custoso.

A implementação, terceira função de uma governança exitosa, corresponde ao desenvolvimento e à capacidade dos setores públicos e privados entrelaçados de pôr em concreto os programas de governo que contemplam as metas coletivas selecionadas, apontando Peters (2013, p. 31) que essa função de responsabilidade e de monitoramento de desempenho tem sido delegada a agentes sociais e de mercado, ou, dentro de um mesmo governo, a governos subnacionais, por contratos, parcerias e coprodução. Observa, nesse norte, que governos passam a ter à disposição um número crescente de instrumentos mais suaves e de negociação – a par da redução do uso de instrumentos de comando e controle –que somente aparentemente podem reduzir a capacidade de governança do poder público, porque, ao final, são aptos a criar uma conformidade maior, sem a burocracia estatal alienante dos instrumentos de comando.

Ao final, tecendo comentários sobre a responsabilidade, expressa na avaliação do impacto das ações de governo, aspecto central nos regimes democráticos, Peters (2013) enfatiza que, mesmo em regimes autocráticos, os líderes anseiam avaliar se suas intervenções foram positivas e bem recebidas pelos administrados. A avaliação, prossegue, é, assim, um requisito geral da governança, mormente quando com governantes capazes de aprender com suas intervenções e de encontrar outros meios de aperfeiçoar sua eficiência, em um processo contínuo de melhoramentos. E isso, especialmente nos momentos, por exemplo, de políticas de governo e práticas de regime anterior serem substituídas por dirigentes públicos com outros valores políticos, que, mesmo assim, antes de qualquer decisão substitutiva de inopino do que construído no passado, devem aprender, compreender as fontes de fracasso pretéritas e criar soluções superiores àquelas já implementadas por outra ideologia partidária (Peters, 2013, p. 32).

A governança ambiental, sob esses pressupostos, compreende os processos e envolve as instituições estatais e não estatais, todas afetas, organizadas e direcionadas a decisões coerentes sobre questões ambientais, considerando, agora, diretrizes de responsabilidade,

transparência, legalidade, equidade, inclusividade, participação, consensualidade, eficiência, eficácia e efetividade.

5 A Audiência de Conciliação Administrativa e seus Resultados

O palco de uma jurisdição estatal nacional que não se mostra satisfatória na resolução das lides envolvendo o meio ambiente, somado ao clamor popular interno e da sociedade internacional por uma maior sinergia entre Poder Público e a atividade econômica na prevenção, regulação e utilização sustentável dos recursos naturais, cada vez mais escassos, fez emergir um Estado com nova roupagem, que se despe da pecha de autoritário, das prerrogativas unilaterais e de supremacia nos processos decisórios ambientais para adotar instrumentos de cooperação ativa dos particulares e intraorgânicas na busca e concretização dos interesses públicos que deva realizar.

Não é oportuno, no singelo trabalho, descrever toda a releitura atual dos princípios clássicos que informam o regime jurídico – administrativo. Basta dizer, com acurada certeza, que princípios como o da legalidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, entre outros, não mais são expedientes que impeçam, no direito administrativo nacional, decisões do Poder Público em um conjunto coordenado de variadas manifestações intestinas estatais e particulares a fim de que todos os que forem abarcados pelos efeitos do agir administrativo (como também responsáveis), em uma perspectiva de igualdade, tenham colaborado na construção do ato administrativo final, diminuindo, portanto, conflitos atuais e a possibilidade de surgimento de divergências futuras. O percurso participativo até a tomada da decisão ganhou o destaque que há tempos merecia.

Na senda ambiental, o processo administrativo tem levado a efeito esse desiderato por planejamento e arranjos – institucionais e com os particulares – visando uma coordenação e participação com melhores resultados tocante ao atingimento de interesse público.

Primeiramente, no campo licenciatório, a Lei n. 14.210/2021 alterou a Lei n. 9.784/1999, que dispõe sobre o processo administrativo no

âmbito da Administração Pública Federal. A novel legislação inseriu no ordenamento jurídico capítulo sobre a decisão coordenada (artigos 49-A a 49-G), instrumento erigido para fazer valer uma unicidade deliberativa quando o objeto da pretensão submetida à exame da Administração Pública exigir a participação de três ou mais setores, órgãos ou entidades públicas (Brasil, 1999; 2021).

A ideia central da decisão coordenada é uma reunião de atores institucionais ou setoriais da Administração Pública, que deixariam de exercer sua atribuição em um campo limitado menor para passarem a deliberar em um cenário administrativo coletivo e mais abrangente, de forma compartilhada, coesa e com a finalidade de simplificar o processo administrativo decisório.

O novo modelo decisório da lei de processo administrativo ecoa positivamente na senda ambiental, à medida que normalmente a análise de licenciamentos ambientais, avaliações de estudo de impacto ambiental, manifestações sobre embargos ou não de atividades e eficácias de medidas de contenção ou compensatórias suscitam interações de órgãos ou entidades públicas das mais variadas vertentes, próprias de um ramo jurídico cujo ponto central (meio ambiente) se espraia em cultural, artificial e até mesmo meio ambiente do trabalho, integrando distintos regimes jurídicos, seja do ramo do Direito Público, seja do Direito Privado. Kokke e Gomes (2022, p. 193) aclaram que:

> A matéria que está sujeita à decisão coordenada pode ser qualquer tema implicado em decisão administrativa, desde que for justificável pela relevância da matéria e houver dissenso que dificulte a rapidez da decisão a ser proferida no processo administrativo. O instituto aparenta uma clara incursão de prévia recursal para se ultrapassar óbices levantados por uma entidade em face de outros. Se a intervenção em bem ambiental, portanto, envolver matéria energética ou usos de recursos naturais a implicar interesses e decisões de IBAMA, ICMBio, ANM e Ministério de Minas e Energia, exemplificativamente, o mecanismo é ativado para ser via de desenlace das discordâncias existentes. A questão acarreta efeitos sobre a perspectiva do licenciamento ambiental, inclusive quanto ao estudo de impacto ambiental, que avalia a

viabilidade do empreendimento sujeito à análise técnica do órgão ambiental, por exemplo.

Cumpre dizer que remanesce a cada um dos órgãos ou entidades que participa da decisão coordenada suas responsabilidades e competências originárias, que não ficam anuladas ou excluídas, e sim integram o processo decisório, todavia, a motivação de um posicionamento restritivo ou sobre a inviabilidade de um empreendimento, por exemplo, no curso desse procedimento interativo, fundado em negociações e revisões, pode ser ultrapassada e relativizada com o pronunciamento técnico ou de gestão acolhidos pelos demais entes que colaboram e integram essa mesma decisão coordenada.

O instituto é informado expressamente pelos princípios da legalidade, eficiência e transparência, o que é redundante porque repete a base principiológica do artigo 3º da Lei n. 9.784/1999 e da Constituição Federal, no que se agrega à celeridade processual indicada com a utilização, sempre que necessário, da simplificação do procedimento e da concentração das instâncias decisórias. Ademais, permite, nesse escopo mais aberto e simpático à participação, na qualidade de ouvintes e com a possibilidade de direito a voz, nas reuniões, dos interessados elencados no artigo 9º[1] da lei de processo administrativo federal.

Há, assim, verdadeiro fomento legal ao desenvolvimento de esforços colaborativos, superando-se conflitos com soluções multipartes, incidindo unitariamente em polos ativos (sobre os sujeitos administrativos que expedem os atos) e passivos (os administrados abarcados pelos efeitos jurídicos do ato concertado) (Moreira, 2022, p. 190).

Kokke e Gomes (2022, p. 193) tecem, no entanto, uma preocupação sobre a superação das discordâncias administrativas dos órgãos envolvidos quando da apresentação das razões e fundamentações restritivas que embasam os documentos específicos a que são obrigados para subsidiar os trabalhos e o processo no qual se dará a futura decisão coordenada. Segundo eles, a tendência da lei é evitar a solução zero

1 Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo: I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

ou a negativa geral e irrestrita, com o dever jurídico de, ao apontar controvérsia, no mesmo ato, imediatamente propor a solução e as alterações necessárias para a resolução dos impasses[2]. No seu entendimento, especialmente nos procedimentos de licenciamento sob a égide da Lei Complementar Federal n. 140/2011 e em Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), em caminho inverso, é incumbência e dever, no seu interesse, do empreendedor requerente a apresentação de soluções e alternativas técnicas, após exigências do órgão ambiental licenciador, para superação dos obstáculos e viabilização da atividade almejada.

Já havia surgido, em 2019, outra iniciativa normativa conducente à pacificação de interesses contrapostos e conflitos entre órgãos da Administração Pública federal afetos ao meio ambiente e particulares, agora no âmbito do processo administrativo ambiental sancionador estabelecido pelo Decreto n. 6.514/2008, colocando, em evidência, na órbita do poder de polícia repressor, uma postura administrativa valorativa de instrumentos voltados à negociação com os administrados destinatários de suas medidas, abandonando posições autoritárias e ainda apegadas à unilateralidade dos atos administrativos impositivos da sanção e à indisponibilidade do interesse público (Brasil, 2008; 2019).

O instrumento em questão era o Decreto n. 9.760/2019, modificativo do Decreto n. 6.514/2008, e previa o estímulo da audiência de conciliação administrativa como meio de encerrar os processos administrativos federais apuratórios de infrações administrativas por condutas lesivas ao meio ambiente (Brasil, 2008; 2019).

A audiência junto ao órgão ambiental autuante não exigia comparecimento obrigatório do infrator e muito menos que ele conciliasse, respeitando a autonomia da vontade, princípio próprio e típico dos métodos alternativos de conflitos, embora fosse obrigatória a sua

2 Reportando comentários e conclusões da doutrina portuguesa sobre a alteração do Código de Procedimento Administrativo do pais ibérico, que lá denomina o instituto como "conferencia procedimental", Moreira (2022) extrai que o ato administrativo resultante é unitário (e não um feixe de atos), mas com conteúdo e autorias complexos, imputado a todos os participantes, apenas quando positivas as negociações para a sua edição, porque não pode ser ato global negativo se inexitosas as negociações.

realização no curso do processo administrativo de apuração de infração administrativa ambiental[3].

Um dos efeitos jurídicos imediatos do advento da audiência conciliatória foi sobre o prazo da defesa, pois contado esse a partir da ciência do autuado quanto à deflagração do processo administrativo, ficava sobrestado com o agendamento daquela e seu curso somente se iniciava a partir da data de sua realização, sistemática hoje da legislação processual civil em seu artigo 334. De plano, não se afigura nenhum prejuízo ao particular com a abertura de uma via de negociação que o aproxima da Administração e possibilita sua participação quanto às soluções legais de atendimento às normas ambientais.

Indo além sobre a temática, competia a um Núcleo de Conciliação, formado, por no mínimo, dois servidores efetivos do órgão ou da entidade pública federal ambiental responsável pela lavratura do auto de infração, designados em ato do dirigente máximo, realizar a audiência de conciliação ambiental para explanar ao autuado as razões de fato e de direito que embasaram a lavratura do auto de infração (peça que inicia o processo administrativo sancionador), apresentar as soluções legais possíveis para o encerramento do contencioso administrativo, homologando-as, se fosse o caso, e decidir as questões de ordem pública verificáveis no procedimento.

Com isso, a voz do administrado autuado era considerada ao mesmo tempo que o Poder Público se fazia presente por meio de seus agentes, que tinham o dever de minudenciar e verbalizar ao administrado os motivos de fato e de direito que desencadearam o início do processo administrativo com a autuação. Burmann (2022, p. 111) reflexiona que sem a audiência em exame o particular "[...] raramente conhecia a possibilidade de conversão do valor da multa e de firmatura do Termo de Compromisso Ambiental e, sendo assim, na maioria das vezes o pedido de conversão não era requerido por absoluto desconhecimento da parte". Na ótica de Rufino e Freitas (2021, p. 119),

3 Isso se dessume da redação do artigo 97-A inserto no Decreto n. 6.514/2008, que tinha a seguinte redação: "Art. 97-A. Por ocasião da lavratura do auto de infração o autuado será notificado para, querendo, comparecer ao órgão ou à entidade da administração pública federal em data e horário agendados, a fim de participar de audiência de conciliação ambiental" (Brasil, 2008). Posteriormente, novo Decreto sobre o tema (n. 11.080/2022) permitiu que a audiência conciliatória também ocorresse a pedido do autuado dentro do prazo de defesa (Brasil, 2022).

> Dessa forma, o procedimento administrativo, até então bastante despersonalizado, ganha corpo e feição, tornando-se menos frio e mais humano. O autuado se sente respeitado e mais próximo da administração, o que favorece a confiança, essencial ao consenso. A ele são concedidas voz e opção de escolha que, embora restritas, é suficiente para fazê-lo sentir parte efetiva do processo.

Outro ponto interessante a se destacar é que a explanação, em audiência, ao particular, das razões de fato e jurídicas da ação administrativa fiscalizadora, traz as informações necessárias que facilitam o caminho da decisão administrativa acordada pelo particular que não seriam talvez tão bem assimiladas sem que aquela ocorresse. E de outro modo, o particular também poderia com alguma simples informação nesse mesmo ato, sem que se constitua uma prova a ser sopesada, fazer a Administração Pública rever toda autuação levada a efeito, quiçá até nulificá-la.

É sabido que o conflito nasce, resiste e ganha escalas maiores, nos processos heterocompositivos e adversariais, na maioria dos casos, pelo déficit informacional entre os contendores, o que se averigua quando todos eles se mostram otimistas com o futuro resultado do julgamento adjudicatório, desacreditando o acordo e seus benefícios. Dado que apenas um será vitorioso, é de se supor que um deles está desinformado, e, assim, a troca de informações entre eles que precedem à decisão que definirá um vencedor e um perdedor reduz a perspectiva otimista e incrementa as chances de acordo.

A audiência e a conciliação administrativas reduziam a assimetria de informações que vendariam os olhos do autuado e da Administração Pública para o acordo e, assim, pela escolha de manutenção do processo administrativo punitivo ou, até, depois pela jurisdição estatal. Trazia ao conhecimento e à discussão elementos, fatos ocultos e incompreensões de ambas as partes que, assim mantidos na escuridão, minimizariam as probabilidades de acertos estáveis e duradouros. Era, portanto, oportunidade de ambos para reflexão sobre os fatos subjacentes ao início do processo administrativo, impactando auxílio e busca do Poder Judiciário.

A restrição sobre as opções de escolha a que se faz menção é atinente aos limites impostos ao Núcleo de Conciliação competente para transacionar, eis que já predispostas pela norma o que seria objeto da "oferta" do Poder Público para aceitação do infrator que ensejariam o encerramento do processo, denominadas soluções legais possíveis: desconto para pagamento da multa, parcelamento da sanção pecuniária e a possibilidade de conversão da pena pecuniária de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. A redação do Decreto n. 9.760/2019 empregava o termo "tais como" antes de elencar essas soluções, dá margem a entendimento, em nosso sentir, que eram meramente exemplificativas e que haveria uma abertura negocial maior de opções pela autoridade ambiental fiscalizadora (Brasil, 2019)[4]. O adjetivo "possíveis" às soluções encartava o mesmo tom. O Decreto n. 11.080/2022, que o sucedeu sobre esse ponto, mas imbuído do mesmo norte, utilizou-se da expressão "quais sejam", no sentido de determinar em número fechado somente aquelas três possibilidades normativas de concertação possíveis com o administrado infrator (Brasil, 2022).

Segundo Niebuhr (2023, p. 295), esse panorama não materializava nenhuma concessão estatal expressiva que animasse o fiscalizado do desejo conciliatório pela inviabilidade do órgão ambiental de transacionar efetivamente, na prática, engessado que estava com tão parcas opções de barganha à disposição do particular autuado. Ainda, acrescenta o autor:

> A nosso ver, os assuntos a serem tratados em uma audiência de conciliação administrativa ambiental deveriam ser mais amplos que os previstos nas alterações promovidas pelo Decreto Federal n. 9.760/19 no Decreto Federal n. 6.514/08, e isso independia de previsão em regulamento. Imagine-se, por exemplo, o enquadramento equivocado do porte econômico do autuado, o que, também em exercício hipotético, teria induzido ao

4 "Art. 98-A. O Núcleo de Conciliação Ambiental será composto por, no mínimo, dois servidores efetivos, sendo ao menos um deles integrante do órgão ou da entidade da administração pública federal ambiental responsável pela lavratura do auto de infração. §1.º Compete ao Núcleo de Conciliação Ambiental: [...] II – realizar a audiência de conciliação ambiental para: a) [...]; b) apresentar as soluções legais possíveis para encerrar o processo, tais como o desconto para pagamento, o parcelamento e a conversão da multa em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente; [...]" (Brasil, 2019).

> incremento do valor da multa pecuniária indicada na autuação. O autuado poderia, em tese, ter interesse em aceitar a imputação e liquidar o passivo administrativo se o órgão ambiental promovesse a correção do porte econômico e corrigisse o valor da multa cominada. Não víamos óbice para o assunto ser suscitado e debatido na audiência de conciliação administrativa, ainda que não se tratasse de reconhecimento de 'vício insanável' ou 'matéria de ordem pública', tampouco de adesão, imediata, a uma das formas de encerramento do processo no então vigente artigo 98-A do Decreto Federal n. 6.514/08, dado que a correção dessa premissa seria condição para entabulação de um acordo para encerramento do processo (pelo pagamento ou conversão da sanção pecuniária) (Niebuhr, 2023, p. 296).

De todo modo, mesmo que incipiente e tímida, a audiência conciliatória foi bem recebida pelos estudiosos da processualística administrativista e os resultados práticos, no curto espaço de sua vigência, floresceram rapidamente.

Nos próprios órgãos federais ambientais, mesmo com os efeitos deletérios da pandemia e as ordens de distanciamento social impeditivos da sua realização presencial que grassou boa parte do tempo em que ela vigorou, os resultados foram comemorados. Em 2022, quando a questão sanitária já caminhava para um melhor cenário e já havia a modalidade da audiência virtual sedimentada, das 374 conciliações frutíferas do primeiro quadrimestre, número superior a 115% no quantitativo de conciliações realizadas no mesmo período do ano anterior, 195 foram em audiência. Desses, os que se iniciaram e se encerraram com audiência em 2022, o tempo de desfecho foi de entre 17 e 21 dias (MMA, 2022).

Não é escopo do presente artigo discriminar uma a uma as repercussões que a audiência administrativa teve em outros entes federativos, mas vale a pena ao menos mostrar mais dois exemplos para confirmar que aquilo que se passou favorável e momentaneamente nos órgãos ambientais federais e adotado permanentemente deveria perdurar.

Em São Paulo, a legislação de regência estadual (Decreto n. 64.456/2019) aprimorou o que denomina atendimento ambiental, acarretando maior comparecimento e adesão dos autuados ao ato. Rufino e Freitas colheram que, em 2018, houve 73% de comparecimento dos autuados e 71% de conciliação e, por consequência, houve um salto da receita com ingresso das multas para 18 milhões, quando nos anos anteriores girava em torno de 5 milhões de reais (Rufino; Freitas, 2021, p. 123).

Mediante a Portaria Conjunta IMA/CPMA n. 143/19, o Estado de Santa Catarina optou por também manter as audiências conciliatórias na legislação que rege o seu procedimento apuratório de infrações administrativas ambientais por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (IMA; CPMA, 2019). E o resultado igualmente é proveitoso e satisfatório: 79% de conciliações nas audiências agendadas entre junho de 2021 e junho de 2022 e, no primeiro semestre de 2022, o número de audiências superou o número de lavratura de novos autos de infração (IMA, 2022).

No entanto, "[...] muito orientada por uma narrativa bastante enviesada e ideologizada da proposta de conciliação administrativa ambiental [...]" (Niebuhr, 2023, p. 296), na órbita federal, no primeiro dia de janeiro de 2023, revogou-se, sob os temerários argumentos de que sua existência patrocinava a impunidade da responsanbilização com prescrições. Não convém examinar a fundo essa argumentação de verniz retrógrado e deturpado, muito menos sobre os injustos fundamentos das duas ações de descumprimento de preceito fundamental lançadas – por partidos opostos ao governo que os criou - contra a audiência de conciliação e o Núcleo de Conciliação Ambiental (n. 592 e n. 755) , tão logo inseridos e previstas suas dinâmicas e competências no rito do Decreto n. 6.514/2008, porque os números quanto ao atingimento do seu escopo dispensam qualquer comentário. Só nos resta endossar integralmente a fala de Pedro Niebuhr de que "[...] é possível, sem receios, afirmar, que a revogação da audiência de conciliação foi um equívoco" (Niebuhr, 2023, p. 296).

6 Considerações Finais

A crença constitucional de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações pressupõe uma coerência de expectativas e condutas entre os particulares e as entidades públicas responsáveis pela proteção ambiental.

Cidadãos atentos à perspectivas das crises ambientais que se avizinham, mais frequentes e intensas, bem como governos engajados nas questões ambientais não podem ter desencontros decisórios, mormente quando em conflito administrativo. Não se pode mais conceber um processo administrativo ambiental puramente sancionador e ineficaz, com um trâmite vazio em formalidades e burocracia nas repartições públicas ambientais, sem sentido, sem participação na construção decisória pelo particular, incoerente com outros instrumentos na processualística administrativa que fomentam coordenação e participação.

A audiência de conciliação outrora prevista no processo punitivo ambiental – e já revogada – mesmo restrita e com poucas margens de barganha, humanizou o procedimento, deu feição concreta, resultados animadores e atingiu, na sua curta existência, o ideal constitucional da busca da harmonia social e concretização do Estado Democrático de Direito.

Referências

AREND, Cássio Alberto. **Decisão Consensuada em Conflitos Ambientais**: governança sustentável e democrática dos recursos hídricos. Londrina: Thoth Editora, 2022. E-book.

BRASIL. **Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ambientais ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 9.760, de 11 de abril de 2019**. Altera o Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9760.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 11.080, de 24 de maio de 2022**. Altera o Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008, para dispor sobre as infrações e sanções administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11080.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.210, de 30 de setembro de 2021**. Acrescenta o Capítulo XI-A à Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, para dispor sobre a decisão coordenada no âmbito da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14210.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BURMANN. Alexandre. **Fiscalização Ambiental**: teoria e prática do processo administrativo para apuração de infrações administrativas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em: 22. jun. 2023.

CORREIA, Mary Lúcia Andrade Correia; LEITE, Lauro Linhares. A implementação do instituto compliance ambiental na prevenção de tragédias ambientais: análise dos casos de Mariana e Brumadinho. *In*: ROCHA, Mariângela Guerreiro Milhoranza da *et al*. (org.). **Temas Relevantes de Direito Ambiental**. Londrina: Thoth Editora, 2021. p. 441-457.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

FERREIRA, Eduardo de Campos. **Ônus da prova na Ação Civil Pública ambiental**: um olhar a partir dos direitos fundamentais. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

FREUND, Julien. **Socilogie du conflit**. Paris: Presses, Universitaires de France, 1983.

FUZETTO, Murilo Muniz; GODOY, Sandro Marcos. **Autocomposição**: solução para os conflitos ambientais à luz do desenvolvimento sustentável. 1. ed. Presidente Prudente: Edição do autor, 2022. *E-book*.

IMA – INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE; CPMA – COMANDO DE POLICIAMENTO MILITAR AMBIENTAL. **Portaria Conjunta IMA/CPMA n. 143/19**. Florianópolis, 2019. Disponível em: https://www.ima.sc.gov.br/index.php/downloads/biblioteca/3036-portaria-conjunta-ima-cpma-n-143-2019-rito-da-fiscalizacao-ambiental-1. Acesso em: 22 jun. 2023.

IMA – INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE. **Programa de audiência de conciliação do IMA completa um ano e se consolida como solução para autos de infração em SC**. Florianópolis, 2022. Disponível em: https://www.ima.sc.gov.br/index.php/noticias/1977-programa-de-audiencia-de-conciliacao-do-ima-completa-um-ano-e-se-consolida-como-solucao-para-autos-de-infracao-em-sc. Acesso em: 22 jun. 2023.

KOKKE, Marcelo; GOMES, Magno Federici. Governança, autocomposição administrativa, decisão coordenada e tutela diferenciada de bens ambientais. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 21, n. 4, p. 187-204, out.-dez. 2022. Disponível em: https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.21.n.04.2022.3100. Acesso em: 22 jun. 2023.

MMA – MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Ibama fecha primeiro quadrimestre do ano com números positivos na área de conciliação ambiental**. Brasília, DF: MMA, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/ibama/pt-br/assuntos/noticias/2022/ibama-fecha-primeiro-quadrimestre-do-ano-com-numeros-positivos-na-area-de-conciliacao-ambiental. Acesso em: 22 jun. 2023.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a lei n. 9.787/1999 (com especial atenção à LINDB). 6. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Acordos ambientais e os limites do inegociável**. Londrina: Thoth Editora, 2021.

NIEBUHR. Pedro. **Processo Administrativo Ambiental**. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2023.

NIEBUHR, Pedro; SCHRAMM, Fernanda Santos. O que esperar do compliance sob a perspectiva ambiental? *In*: FARIAS, Talden; ATAÍDE, Pedro (org.). **Direito Ambiental Econômico**: instrumentos econômicos de política ambiental. Andradina: Editora Meraki, 2021. p. 259-277. *E-book*.

PETERS, Brainard Guy. O que é governança? **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 45, n. 127, p. 27-33, maio-ago. 2013. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/revista-do-tcu-n-127-maio-ago-2013.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

RUFINO, Fernando Bianchi; FREITAS, Gilberto Passos de. A consensualidade no âmbito do processo administrativo ambiental relativo às multas ambientais. **Leopoldianum**, Santos, v. 47, n. 133, p. 113-130, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.58422/releo2021.e1228. Acesso em: 22 jun. 2023.

VIEIRA, Luana Saraçol; PAZINATO, Liane Francisca Hüning. A crise ambiental contemporânea: reflexões a partir de uma abordagem integrada entre os seus aspectos socioambiental, ecológico e cultural. *In*: ROCHA, Mariângela Guerreiro Milhoranza da *et al*. (org.). **Temas Relevantes de Direito Ambiental**. Londrina: Thoth Editora, 2021. p. 497-514.

Fernando Sartori

Procurador do Município de Florianópolis, SC. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

E-mail: sartorato1982@gmail.com

Endereço profissional: Procuradoria-Geral do Município de Florianópolis, Rua Conselheiro Mafra, n. 656, 6° andar, Centro, Florianópolis, SC. CEP: 88010-914.

Recebido em: 23/06/2023

Aceito em: 31/07/2023

Como referenciar este artigo

SARTORI, Fernando. O Protagonismo da Extinta Audiência de Conciliação Administrativa no Processo Administrativo Sancionador Ambiental Federal. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 327-351, dezembro de 2023.

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

Tributação da Economia Digital

Heloise Siqueira Garcia[1]
José Hamilton Rujanoski[2]
[1]Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil
[2]Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O presente artigo abordou aspectos destacados e os desafios da tributação da economia digital, sob o enfoque da transnacionalidade. Os avanços tecnológicos vêm ensejando questionamentos sobre princípios e conceitos tributários tradicionais, ante a percepção de que os atuais sistemas tributários não estão adequadamente aptos a alcançarem essa nova realidade econômica. Diante desse contexto, torna-se indispensável construir um novo paradigma no campo tributário internacional, desenvolvendo novas percepções acerca de institutos consolidados. O exame da questão do ponto de vista da legislação tributária brasileira também será objeto de breves considerações.

Palavras-chave: Transnacionalidade; Tributação; Comércio eletrônico; Economia digital; Direito Tributário Internacional.

Taxation of the Digital Economy

Abstract

This article addressed highlighted aspects and challenges of taxation of the digital economy, from the perspective of transnationality. Technological advances have given rise to questions about traditional tax principles and concepts, given the perception that current tax systems are not adequately capable of reaching this new economic reality. Given this context, it is essential to build a new paradigm in the international tax field, developing new perceptions about consolidated institutes. Examining the issue from the point of view of brazilian tax legislation will also be the subject of brief considerations.

Keywords*: Transnationality; Taxation; E-commerce; Digital economy; International Tax Law.*

1 Introdução

O presente artigo tem como objeto analisar a questão da tributação das operações comerciais eletrônicas, sob a perspectiva transnacional, examinando os desafios das administrações tributárias no sentido de adaptar, ou mesmo de reformar, suas políticas fiscais e seus sistemas tributários, buscando a efetiva tributação da economia digital, com vistas a minimizar a evasão fiscal, assim como afastar as situações de dupla tributação internacional. O seu objetivo é trazer a lume as medidas uniformes propostas no âmbito transnacional, notadamente, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo G20, sua adoção ou não pelos Estados e, ainda, as estratégias unilaterais utilizadas para aprimorar a tributação do comércio eletrônico.

Para tanto, o artigo está dividido em três itens. O primeiro faz um esboço do que se entende por comércio eletrônico e economia digital, suas modalidades e características principais, tratando ainda das diretivas e estudos realizados sob uma perspectiva transnacional pela OCDE com o fim de auxiliar os sistemas tributários estatais a alcançarem essas novas realidades econômicas decorrentes das novas tecnologias de informação e comunicação.

O segundo item se propõe a apresentar os critérios e princípios tributários utilizados para configurar as hipóteses de incidência tributária no que concerne às operações digitais, bem como os principais problemas enfrentados para levar a efeito essa tributação. O enfoque do ponto de vista brasileiro também será objeto de breves considerações.

No terceiro item, serão examinadas as medidas e estratégias unilaterais visando o aprimoramento da tributação da economia digital.

O presente artigo se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados aspectos destacados nele, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões.

2 Comércio Eletrônico e sua Tributação

A definição de comércio eletrônico é ampla, incluindo qualquer forma de transação de compra, venda e troca de produtos, serviços e informações, em que as partes interajam eletronicamente, ao invés de fazê-lo de forma física.

Nos termos da Lei Modelo para o Comércio Eletrônico da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), em seu artigo 1º, o termo "comércio eletrônico" deve abranger toda a atividade, realizada por meio de troca de mensagens de dados, em um contexto comercial (ONU, 2005). Segundo a mesma Lei Modelo, por "comercial" deve-se considerar a interpretação mais abrangente possível, de modo a compreender as mais diversas transações comerciais, firmadas por meio de contrato escrito ou não, incluindo o fornecimento ou troca de produtos ou serviços, distribuição, representação comercial, agência, *factoring*, *leasing*, serviços de engenharia e empreitada, licenciamento, investimento, financiamento, serviços bancários em geral, seguros, contratos de concessão comercial, *joint venture* e outras formas de cooperação industrial ou empresarial, transporte de bens ou passageiros por ar, água ou terra.

No comércio eletrônico participam como sujeitos da relação jurídica as empresas, os consumidores e as administrações públicas. Desse modo, com base em critério subjetivo, há basicamente três modalidades de relação de comércio eletrônico, a saber: a) entre empresas ou *business to business* (B2B); b) entre empresas e consumidores ou *business to consumers* (B2C); e c) entre empresas e administrações públicas ou *business to administrations* (B2A).

Quanto à espécie dos bens envolvidos, o comércio eletrônico classifica-se em direto e indireto. O comércio indireto refere-se a uma compra por meio de sítios eletrônicos de lojas disponibilizadas na internet em que o bem adquirido é enviado ao comprador, sem que o consumidor se desloque fisicamente ao estabelecimento vendedor. Nesse caso, essa modalidade de comércio eletrônico se assemelha a uma aquisição de um consumidor numa loja física. Já o comércio eletrônico direto ou *on-line* refere-se à aquisição de bens comprados e transmitidos pela internet, por meio de *downloads*. Nesse ambiente

de negócio, o comércio eletrônico indireto realiza uma transação de bens corpóreos ou tangíveis e direto, bens incorpóreos, como *software*, música, livros, que passam a ser adquiridos sem qualquer suporte físico e disponibilizados por meio de transmissão de dados.

No campo do Direito Tributário, o interesse maior recai sobre o comércio eletrônico *on-line*. Nessa modalidade, o bem ou produto adquirido submete-se a um processo de desmaterialização ou digitalização, que nada mais é do que a conversão do suporte material do bem para um sistema binário de dados, transmissível telematicamente, tornando esse bem ou produto adquirido incorpóreo, o que constitui evidente óbice à incidência tributária. É o que se verifica com faixas de música, filmes, vídeos, cursos, revistas, livros, etc.

Em decorrência desse processo de desmaterialização/virtualização, os consumidores, em qualquer lugar do planeta, têm acesso direto a uma enorme gama de produtos e serviços, tudo isso com um simples clique, operação que se torna ainda mais facilitada pela mobilidade de recursos e, praticamente, pela eliminação de fronteiras, fatores que têm intensificado sobremaneira o comércio internacional.

É inegável a relevância do desenvolvimento das tecnologias de informação para o atual estágio do comércio eletrônico, do mesmo modo que constitui requisito indispensável para um país se tornar competitivo no mercado internacional a otimização do uso dessas tecnologias. Nesse sentido, pontua Genaro Millán (2015, p. 366, tradução nossa):

> O comércio é a melhor arma do nosso tempo; é usado para ganhar competitividade [é] ideal [para] todos os atores da comunidade internacional [no atual] neoliberalismo em que vivemos [mas] é claro que só aqueles países que conseguem a otimização do uso da informação tecnologias terão uma vantagem competitiva no ambiente internacional [de hoje][1].

[1] El comercio es la mejor arma de nuestros tiempos; se usa para ganar competitividad [es] ideal [para] todos los actores de la comunidad internacional [en el actual] neoliberalismo que vivimos [pero] Es claro que sólo aquellos países que logren la optimización del uso de las tecnologías de la información contarán con una ventaja competitiva en el entorno internacional [actual] (Millán, 2015, p. 366).

Peter Ferdinand Drucker (2001, p. 92), considerado pai da administração moderna, compara o comércio eletrônico ao que representou a ferrovia na Revolução Industrial:

> O comércio eletrônico é para a revolução da informação o que a ferrovia foi para a Revolução Industrial — um avanço totalmente novo, totalmente sem precedentes, totalmente inesperado. Fazendo uma analogia com a ferrovia de 170 anos atrás, o comércio eletrônico está criando uma nova explosão, mudando rapidamente a economia, a sociedade e a política.

Nesse contexto sem precedentes de avanços nas tecnologias de informação, surge um novo conceito na economia mundial, a chamada economia digital. Destarte, a popularização da internet e o acesso facilitado a dispositivos e recursos digitais, aliados à nítida mudança no perfil dos consumidores, têm resultado na combinação perfeita para agilizar a comercialização eletrônica de produtos e serviços, ampliando as oportunidades de negócios.

A tecnologia da informação e da comunicação tornou-se parte da infraestrutura fundamental para os negócios e para a sociedade como um todo, evidenciada em uma forte dependência de redes e de serviços de comunicação *on-line* eficientes e amplamente acessíveis. Com efeito, uma quantidade enorme de dados é agora gerada por esses usuários e dispositivos constantemente conectados. Tais dados são coletados por empresas e governos e, combinados com os avanços no desempenho analítico da inteligência artificial, fornecem as informações necessárias para transformar e moldar a maneira como as pessoas se comportam e como as organizações operam (OECD, 2023).

Não é exagero afirmar que a economia digital vem revolucionando a forma como as empresas tratam de seus negócios e projetam seu futuro, tanto é assim que, nos últimos anos, a adoção dessa metodologia econômica tem registrado um elevado crescimento no ambiente empresarial.

Tendência que se acentuou sobremaneira em 2020, tornando-se a principal estratégia comercial em decorrência do impacto financeiro negativo da pandemia de Covid-19, suportado pelo empresariado em todo o mundo, posicionando-se, portanto, como modalidade bastante

efetiva para incrementar o faturamento e, consequentemente, o nível de rentabilidade das empresas.

Em linhas gerais, a economia digital compreende as atividades comerciais realizadas mediante a utilização de tecnologias de computação digital, abrangendo, dessa maneira, os bens e serviços produzidos e comercializados no ambiente virtual.

E essas várias formas de atividade econômica proporcionadas pela economia digital, como já mencionado, desenvolveram-se com uma rapidez inimaginável nos últimos anos. A explosão da economia de compartilhamento, o surgimento de inúmeras aplicações de *software* e as transações com criptomoedas são alguns dos exemplos de uma alteração substancial na economia mundial por conta do desenvolvimento tecnológico.

Esclarece Joachim Englisch (2015, p. 2) que a economia digital é caracterizada precipuamente pela mobilidade geográfica: a) de seus fatores de produção, especialmente intangíveis, que, muitas vezes, são essenciais para a criação de valor; b) de suas funções de negócios; e c) de seus produtos ou de seus usuários.

Observa ainda Englisch (2015, p. 2) que a economia digital é dotada de características intrínsecas, como o uso da internet, a mobilidade, a contenção de uma transmissão de dados independentes de qualquer plataforma física.

Nesse cenário de tecnologias disruptivas, a economia digital pode ser atualmente subdividida em diversos modelos de negócios: a) venda de propriedade tangível, por exemplo, livros, equipamentos eletrônicos, etc.; b) prestação de serviços direcionados ao consumidor, como serviços financeiros, serviços de viagem, etc.; c) produtos digitais, por exemplo, *e-books*, músicas, vídeos, banco de dados eletrônico, *software*, etc.; e d) produtos de anúncios e informações de consumo (Santos; Rocha, 2017, p. 29-46).

Para se ter ideia do impacto dessas novas tecnologias na economia mundial, estudo recente publicado na revista *Visual Capitalist* (ANG, 2021) demonstra que as cinco maiores empresas de tecnologia do mundo, Amazon, Apple, Alphabet (Google), Microsoft e Meta (Facebook) tiveram juntas em 2021 receita de $1,4 trilhões de dólares, valor equiparável ao PIB brasileiro e superior ao PIB de Espanha e México.

Toda essa evolução tecnológica e o volume de recursos envolvido impõem, inarredavelmente, a busca de um novo paradigma para os sistemas tributários atuais, que, em sua maioria, não se mostram eficientes para tratar adequadamente dessas questões.

A Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), organização internacional voltada para o desenvolvimento econômico e a busca do bem-estar social por meio da cooperação entre seus países-membros, organismo internacional que atualmente está avaliando o ingresso do Brasil a seus quadros, instituição de referência na avaliação das administrações tributária, estabeleceu uma série de princípios para fundamentar um marco tributário do comércio eletrônico, a saber: a) neutralidade: a tributação deve seguir a neutralidade, e a equidade entra nas formas de comércio eletrônico e convencionais. As decisões comerciais devem basear-se em considerações econômica, e não somente tributárias; b) eficiência: os custos das obrigações fiscais para o contribuinte, assim como os gastos administrativos para as autoridades tributárias, devem ser minimizados tanto quanto seja possível; c) segurança e simplicidade: as normas tributárias devem ser claras e simples, permitindo ao contribuinte antecipar-se às consequências fiscais, sabendo quando, como e onde deve cumprir suas obrigações tributárias; d) efetividade e justiça: a tributação deve produzir uma arrecadação justa, buscando reduzir a evasão fiscal; e) flexibilidade: os sistemas tributários devem ser flexíveis e dinâmicos, mantendo-se atualizados aos avanços comerciais e tecnológicos (OECD, 2014a).

Ante a manifesta incapacidade de os tradicionais sistemas tributários alcançarem essas novas realidades econômicas, a OECD desenvolveu ainda um estudo específico a respeito do tema, a Ação 1 do Plano BEPS (Base Erosion and Profit Shifting).

No primeiro relatório da Ação 1, emitido em 2015, a OCDE havia apresentado algumas possíveis soluções para a tributação da economia digital, a saber: a) alteração das isenções admissíveis para reconhecimento de estabelecimento permanente (art. 5º, § 4º, da Convenção Modelo da OCDE); b) estabelecimento de novo *nexus* – elemento de conexão – para configuração de estabelecimento permanente com base na presença digital significativa; c) criação de testes de presença significativa para caracterização do estabelecimento permanente;

d) criação de imposto de incidência da fonte para transações digitais *crossborder*; ou e) criação de imposto sobre fluxo de dados de internet (conhecido como *bit tax*) (OECD, 2014b).

Das propostas sugeridas no relatório da OCDE, em que pese o empenho dos técnicos responsáveis pelo estudo, nenhuma acabou sendo implementada em âmbito internacional, o que se deve preponderantemente à falta de consenso dos países-membros.

O que se verificou, por outro lado, foi a adoção por vários países de medidas isoladas, de maneira não coordenada, com o escopo de alcançar a riqueza gerada pelas empresas de tecnologia em seu mercado consumidor (OECD, 2018).

Entre essas medidas unilaterais, podem ser destacadas as seguintes: a) aplicação de limites alternativos para estabelecimento permanente; b) retenções na fonte; c) tributos sobre volume de negócio (*turnover taxes*); e d) regimes tributários especiais para grandes companhias multinacionais.

A partir dessa constatação, passa-se a examinar aspectos relevantes dessas iniciativas, os desafios impostos às administrações tributárias e a situação do Brasil nesse contexto tributário mundial.

3 Da Competência Tributária – A Territorialidade na Economia Digital

Via de regra, o elemento de conexão para estabelecer a relação entre determinado Estado e o fato sujeito à tributação estão fundamentados no princípio da territorialidade, que constitui uma das premissas do direito tributário internacional. Entretanto, o fenômeno da globalização resultou no aumento do fluxo de operações transnacionais, resultando na necessidade da realização de acordos entre as nações para evitar a dupla tributação.

Destarte, conforme pontua Ana Clarissa Masuko (2018, p. 227-250), para que determinado Estado possa exigir tributo sobre operações, deve haver imprescindivelmente um vínculo entre esse fato gerador e seu território, que poderá ser materializado por meio de: a) residência do contribuinte; b) sua nacionalidade; ou c) o local de produção

desse rendimento, ou seja, onde a atividade econômica se desenvolve (fonte de produção) ou o local de onde provêm os recursos pagos ao beneficiário do rendimento (fonte de pagamento).

Uma vez que a tributação baseada no critério da nacionalidade é aplicada somente nos Estados Unidos, exclusivamente para pessoas físicas, impõe destacar e concentrar a análise nos critérios da residência e da fonte de produção ou do pagamento.

De acordo com a posição doutrinária de João Francisco Bianco e Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva (2018, p. 19):

> O princípio da fonte é entendido e conceituado por muitos estudiosos como o lugar em que a atividade é exercida, onde são utilizados os fatores de produção, ou em que se situam os bens e direitos de que a renda provém (fonte de produção), podendo também abranger o local de onde se originam os recursos pagos ao beneficiário da renda situado no exterior (fonte de pagamento).

No que se refere ao critério da residência, vê-se que as empresas podem ser consideradas residentes de determinada jurisdição com base no local da sua constituição ou no local da efetiva administração da pessoa jurídica, e essa definição cabe, atualmente, à legislação interna de cada país. No caso do Brasil, adota-se o local da constituição, enquanto no Reino Unido, o local da efetiva administração.

É evidente que em uma operação internacional com países que utilizam critérios distintos, esse tratamento legal diferenciado pode acarretar dupla tributação, ou mesmo, eventualmente, a não tributação pelos países envolvidos.

Diante desses critérios divergentes, havendo acordo para afastar bitributação, os Estados, com base nesses elementos, elegem e repartem, entre fonte e residência, as competências para cobrança do tributo sobre o rendimento das operações *crossborder* que poderia ser exigível por ambos, eliminando, dessa forma, a dupla tributação.

No caso do comércio internacional de produto ou serviço digital, no entanto, não raras vezes, a identificação desse vínculo territorial do fato gerador fica consideravelmente prejudicada. Essa questão foi objeto de exame no relatório de 2015 da OCDE Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report:

> Conforme observado no Plano de Ação BEPS, 'a economia digital é caracterizada por uma dependência incomparável de intangíveis, o uso massivo de dados (principalmente dados pessoais), a adoção generalizada de modelos de negócios multilaterais que capturam valor de externalidades geradas por produtos gratuitos, e a dificuldade de determinar a jurisdição em que ocorre a criação de valor. Isso levanta questões fundamentais sobre como as empresas na economia digital agregam valor e obtêm seus lucros, e como a economia digital se relaciona com os conceitos de fonte e residência ou a caracterização da renda para fins fiscais [...] (OECD, 2015, tradução nossa)[2].

Na conclusão do relatório da OCDE, uma das sugestões apresentadas foi a criação de novo elemento de conexão para configuração de estabelecimento permanente com base na presença digital significativa, buscando-se uma vinculação direta com o mercado consumidor local.

De acordo com o artigo 5º da Convenção Modelo elaborada pela OCDE (2017), estabelecimento permanente é "[...] uma instalação fixa de negócio em que a empresa exerça toda ou parte de sua atividade". Caracteriza-se também como estabelecimento permanente, nos termos do artigo 5º da referida convenção, a pessoa que "[...] agir em um Estado contratante em nome de uma empresa de outro Estado contratante [...]", desde que com poderes para celebrar contratos em nome dessa empresa (OCDE, 2017).

O conceito de estabelecimento permanente (EP), previsto no artigo 5º do Modelo da OCDE, refere-se a um local fixo de negócios, pelo qual uma multinacional realiza operações e desenvolve uma atividade econômica com uma relativa estabilidade em outro país, denominado de país da fonte. A concepção tradicional de EP exclui, portanto, as atividades meramente preparatórias ou auxiliares. Exemplos

2 As noted in the BEPS Action Plan, 'the digital economy is characterised by an unparalleled reliance on intangibles, the massive use of data (notably personal data), the widespread adoption of multi-sided business models capturing value from externalities generated by free products, and the difficulty of determining the jurisdiction in which value creation occurs. This raises fundamental questions as to how enterprises in the digital economy add value and make their profits, and how the digital economy relates to the concepts of source and residence or the characterisation of income for tax purposes [...] (OECD, 2015).

de estabelecimentos permanentes seriam a filial, um local de administração ou um escritório.

De acordo com o conceito proposto pela OCDE, depreende-se a necessidade da presença física, seja diretamente, seja por meio de terceiros, no Estado da fonte de produção do rendimento, daí a dificuldade de qualificar um *website*, por exemplo, como estabelecimento permanente nos termos da atual disciplina legal.

No Brasil, ainda que a legislação do Imposto de Renda não contemple um conceito de estabelecimento permanente, vê-se conformidade dos requisitos para configuração da presença aqui tributável àqueles apresentados pela Convenção Modelo da OCDE – sob o aspecto tanto material, quanto formal. Isso porque, para que ocorra incidência do imposto em nosso país, faz-se necessária a presença das seguintes condições: a) constituição de filiais, pelas sucursais, pelas agências ou pelas representações das sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no território nacional; b) operações realizadas por intermédio de agentes ou representantes de pessoas estabelecidas no exterior; c) vendas diretas no Brasil por intermédio de agentes ou representantes de pessoas estabelecidas no exterior (Brasil, 2018).

Na seara da tributação internacional da economia digital, um dos maiores desafios é justamente a atualização desse conceito de estabelecimento permanente. Nesse sentido, é inegável que as atuais regras tributárias, tanto no âmbito transnacional quanto nas legislações domésticas, não abarcam adequadamente os modelos de negócios de serviços digitais que geram lucro em um território sem que haja ali uma presença física do destinatário das receitas.

Destarte, na prática o que se verifica é que as empresas que atuam no comércio eletrônico não precisam ter presença física nos locais em que mantém negócios, o que lhes confere ampla liberdade para escolherem o seu domicílio tributário, por obviedade, a escolha incide sempre sobre o mais vantajoso possível fiscalmente em detrimento ao efetivo país onde atuam, o que impossibilita que o Estado de atuação logre êxito em tributar as atividades e os rendimentos das empresas multinacionais da economia digital, como por exemplo as gigantes Netflix, Amazon, Aliexpress, Ebay, Expedia, Uber, entre várias outras.

Portanto, urge repensar o conceito de estabelecimento permanente, haja vista que o critério da territorialidade, utilizado desde sempre como elemento de conexão para tributação internacional, não é mais suficiente para assegurar as receitas tributárias dos Estados da fonte de produção.

4 Principais Medidas Unilaterais Adotadas Visando à Tributação da Economia Digital

Conquanto a adoção de estratégias uniformes, conforme preconizado pela OCDE, não tenha vingado, os países vêm lançando mão de práticas outras, no âmbito de suas legislações domésticas, para alcançar a incidência tributária em operações digitais.

Entre tais estratégias isoladas, convém destacar as seguintes: Presença digital significativa; Estabelecimento de imposto com retenção na fonte; Tributo sobre receita – *turnover tax*; e Regime tributário para empresas digitais de grande porte.

4.1 Presença Digital Significativa

Utilizada por Israel e Índia, por meio da referida medida, busca-se criar um novo critério para a definição de estabelecimento permanente a partir da chamada "presença digital significava" no país da fonte.

De acordo com as legislações domésticas dos Estados que optaram por essa modalidade, essa presença digital significativa pode ser caracterizada por diversas formas e decorre da combinação de uma série de fatores, entre os quais: a) número de contratos firmados com clientes no país; b) significante número de usuários/clientes daquele serviço no país; c) propaganda direcionada para clientes do país; d) *website* desenvolvido no idioma do país; e)descontos direcionados para pessoas do país; f) adoção de moeda e meios de pagamentos locais; e g) receita relevante obtida a partir do mercado local.

Na linha apresentada no estudo da OCDE, esse tipo de proposta denota uma tentativa de "[...] qualificação de estabelecimento permanente a partir de elementos que permitam o apontamento de um

ambiente eletrônico dentro do Estado da fonte em que a empresa exerça atividades econômicas capazes de atrair a competência tributária para este Estado" (Dias; Frota, 2019).

4.2 Estabelecimento de Imposto com Retenção na Fonte

Outro instrumento que vem sendo utilizado para garantir arrecadação para os países que têm seu mercado consumidor explorado consiste na retenção do imposto na fonte quando da remessa a residentes no exterior em razão de determinados produtos e serviços digitais.

No Brasil, se convive há tempos com essa situação, eis que esse é o posicionamento da Receita Federal do Brasil quando se está diante de remessas ao exterior em pagamento decorrente da contratação de serviços técnicos com ou sem transferência de tecnologia (Brasil, 2014).

Com efeito, a retenção na fonte traz maior facilidade, mas, por outro lado, o excesso de simplicidade pode afastar o interesse de determinadas empresas em atuar nos países que utilizam essa estrutura tributária, em especial pelo encarecimento da sua operação.

4.3 Tributo sobre Receita – *Turnover Tax*

Outra medida que tem se tornado popular é a adoção dos chamados *turnover taxes* para incidência em operações digitais em determinados países, podendo-se citar como exemplo Itália, Índia, França e Hungria (OECD, 2018).

Esses tributos tendem a incidir sobre a receita da operação e não são considerados Imposto de Renda propriamente dito.

Curioso no caso da França e da Hungria é o fato de que, para eleição da incidência tributária – que recai sobre serviços de conteúdo audiovisual e propaganda –, optou-se pelo local do destinatário do conteúdo, independentemente do local da residência ou da fonte pagadora, o que demonstra, novamente, a intenção de utilizar o mercado consumidor como elemento de conexão para estabelecimento

da competência tributária. Já no caso da Índia e da Itália, por outro lado, o tributo será devido no local da fonte pagadora.

A aplicação desses critérios diferenciados pode ocasionar, em tese, a potencial múltipla tributação da mesma operação.

4.4 Regime Tributário para Empresas Digitais de Grande Porte

Por fim, outra medida unilateral adotada por alguns países (*v.g.* Reino Unido e Austrália) e observada no cenário global, de acordo com o estudo realizado pela OCDE (2018), foi o estabelecimento de regimes tributários específicos para multinacionais de grande porte com o objetivo de evitar a transferência artificial de lucros a jurisdições de baixa tributação.

Nesse regime, o Estado avalia junto à empresa, a partir de um maior número de obrigações estipuladas especialmente para ela, o volume de receitas percebidas em seu território, estima aquelas que foram desviadas artificialmente e aplica uma alíquota de 25% sobre estas.

5 Considerações Finais

O papel cada vez mais importante das tecnologias digitais na estrutura econômica mundial tem causado sobressaltos aos governos e aos estudiosos do Direito Tributário Internacional.

O fenômeno da economia digital se materializa nos avanços das tecnologias da informação e comunicação, que modernizaram assustadoramente as formas de intercâmbio de bens e serviços, afetando sobremaneira as gestões fiscais dos Estados.

Essa dificuldade decorre da possibilidade praticamente ilimitada de se realizar transações comerciais em todo o mundo por meio de ferramentas virtuais, haja vista que tais operações não sofrem restrições de forma alguma pela noção clássica de fronteiras territoriais.

Lamentavelmente, as dúvidas e controvérsias sobre quais medidas devem ser adotadas para adequar o regramento tradicional de tributação internacional à economia digital crescem proporcionalmente ao advento das novas tecnologias, não havendo perspectiva de consenso sobre o tema, principalmente na seara política.

Essa situação é consideravelmente mais preocupante para os países em desenvolvimento, que já são mais afetados pela atual lógica tributária – em que as subsidiárias das multinacionais atuam como pessoas jurídicas independentes – e se verifica a estratégia de concentração em países de baixa tributação de suas sedes ou centros de operações. E pior, no caso de empresas digitais ou altamente digitalizadas, na maioria dos casos, estas sequer operam fisicamente em seus territórios.

Considerando as dificuldades apresentadas, pela ausência de presença física dos agentes econômicos, e ainda a prestação de serviços e o fornecimento de intangíveis serem transfronteiriços, sem olvidar, doutro vértice que o Direito Tributário Internacional e as diretrizes da OCDE – com *status* normativo limitado (*soft law*) – revelam-se insuficientes para oferecer um substrato jurídico seguro aos Estados para exercerem suas prerrogativas de tributação, torna-se imprescindível, portanto, que haja sempre acordos e convenções internacionais bilaterais e multilaterais, para que seja possível apurar e tributar adequada e equitativamente os diferentes fatos, atos e negócios gerados neste mercado global digitalizado, em geral sem base física.

Particularmente quanto à situação do Brasil nesse cenário, independentemente da escolha política, no sentido de seguir plenamente as diretrizes da OCDE – facilitando seu ingresso na entidade – ou confrontar as recomendações trazidas em seus relatórios, depreende-se inequivocamente que a atual configuração do sistema tributário nacional demanda alterações estruturais, por meio de efetiva e contundente reforma tributária. Só assim a tributação da economia digital poderá ser aprimorada de forma justa, para Estado e contribuinte.

Referências

ANG, Carmen. How do Big Tech Giants make their Billions? A revenue breakdown of tech's largest companies. **Visual Capitalist**, [*s.l.*], 2021. Disponível em: https://www.visualcapitalist.com/how-big-tech-makes-their-billions-2022. Acesso em: 15 jun. 2023.

BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. Aspectos relacionados à tributação direta local e internacional. *In*: MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo (coord.). **Tributação da economia digital**: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 16-36.

BRASIL. **Arts. 159, 468, 469 e 612 do Decreto n. 9.580/2018 – Regulamento do Imposto de Renda – RIR**. [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em 15 jun. 2023.

BRASIL. **Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5, de 16 de junho de 2014**. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=53416. Acesso em 15 jun. 2023.

DIAS, Felipe Wagner de Lima; FROTA, Phelipe Moreira Souza. **A falta de consenso entre os países sobre a tributação na economia digital**. Consultor Jurídico (ConJur), 26/07/2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-26/opiniao-falta-consenso-tributacao-economia-digital. Acesso em: 15 jun. 2023.

DRUCKER, Peter. A revolução do comércio eletrônico. *In*: JULIO, Carlos Alberto; SALIBIU NETO, José. **E-business e tecnologia**: autores e conceitos imprescindíveis. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 90-107.

ENGLISCH, Joachim. BEPS Action 1: digital economy – eu law implications. British **Tax Review**, [*s.l.*], 2015. Disponível em: https://bit.ly/2Hem9qo. Acesso em: 15 jun. 2023.

MASUKO, Ana Clarissa. Direito tributário internacional – elementos de conexão no comércio exterior de serviços e intangíveis. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 113, p. 227-250, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v113i0p227-250. Acesso em: 15 jun. 2023.

MILLÁN, Genaro. **El uso de los medios electrónicos en la contratación Internacional**. México: UNAM, 2015.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014**. [2014a]. Disponível em: https://doi.org/10.1787/9a5b369e-en. Acesso em: 15 jun. 2023.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Addressing the tax challenges of the digital economy, Action 1**. Paris: OECD Publishing, 2014b. Disponível em https://doi.org/10.1787/9789264241046-en. Acesso em: 15 jun. 2023.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Addressing the tax challenges of the digital economy, Action 1 – 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en. Acesso em: 15 jun. 2023.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Model Tax Convention on Income and on Capital:** Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-taxconvention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_5cd2b87b-en#page1 Acesso em: 15 jun. 2023.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Tax and digitalisation, OECD going digital policy note**. Paris: OECD, 2023. Disponível em: https://bit.ly/2u7Wo8a. Acesso em: 15 jun. 2023.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1787/9789264293083-en. Acesso em: 15 jun. 2023

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas no uso de comunicações eletrônicas nos contratos internacionais**. Nova Iorque: ONU, 2005. Disponível em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html. Acesso em: 15 jun. 2023.

PICONEZ, Matheus Bertholo. Os princípios da tributação no Estado da fonte e no Estado da residência e os impactos da economia digital no Brasil e no mundo. *In*: MONTEIRO, A.; FARIA, R.; MAITTO, R. (org.). **Tributação da economia digital**: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 116-133.

SANTOS, Ramon Tomazela; ROCHA, Sérgio André. Tax sovereignty and digital economy in Post-BEPS Times. *In*: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Alisson (ed.). **Tax sovereignty in the BEPS** era. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluver, 2017. p. 29-46.

Heloise Siqueira Garcia

Pós-doutoranda com bolsa concedida pela Capes. Doutora e Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ-Univali. Doutora em Derecho e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante, Espanha. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Univali e em Ensino e Tutoria a Distância pela Faculdade Avantis. Graduada em Direito pela Univali. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da Univali e dos cursos de Direito do Centro Universitário Avantis (UNIAVAN) e da Faculdade Sinergia. Advogada.

E-mail: heloise.sc@gmail.com

Endereço profissional: Universidade do Vale do Itajaí, Câmpus Itajaí, Rua Uruguai, n. 458, Centro, Itajaí, SC. CEP: 88302-901.

José Hamilton Rujanoski

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Processual pela Universidade Federal de Santa Catarina. Procurador do Estado de Santa Catarina.

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

Endereço profissional: Regional Lages da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina. Rua Caetano Vieira da Costa, n. 140, 4° andar, sala 41, Centro, Lages, SC. CEP: 88502-070.

Recebido em: 05/07/2023

Aceito em: 24/07/2023

Como referenciar este artigo

GARCIA, Heloise Siqueira; RUJANOSKI, José Hamilton. Tributação da Economia Digital. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 353-370, dezembro de 2023.

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

Writ of Certiorari: da sua origem à US Supreme Court e sua aplicabilidade ao Supremo Tribunal Federal

Bruno de Macedo Dias[1]
Ligia Janke[1]
[1]Procuradoria-Geral do Estado, Florianópolis, SC, Brasil

Resumo

O sistema de *civil law* brasileiro, diante das reformas processuais ocorridas nas últimas décadas, aproximou-se claramente do *common law* norte-americano por meio de instrumentos como súmula vinculante e julgamentos de observância obrigatória. Isso atrai novos desafios, como o risco trazido diante do aprimoramento ou da atualização de uma tese ou mesmo a retificação de um julgamento contrário, em especial quando enquadrado no artigo 1.030, I e § 2º, do CPC. Este artigo teve por objetivo avaliar a utilização do *writ of certiorari* também da *common law* como ferramenta que permite que o STF imediatamente receba um recurso em causas de grave repercussão, quando entender que sua competência está presente e é necessária, por meio de um juízo discricionário de política judiciária, exatamente como faz a US Supreme Court na sua admissibilidade de recursos.

Palavras-chave: *Writ of certiorari*; *Common law;* Sistema de precedentes; Reclamação Constitucional; Competência para preservar a integridade da jurisprudência.

Writ of Certiorari: origin, relevance to the US Supreme Court and its application in Supremo Tribunal Federal

Abstract

The Brazilian judicial system, with historical roots on the civil law tradition, was transformed on the recent decades through legislation and judicial decisions that included súmula vinculante and decisions that establishes precedents, resulting in a clear approximation to the common law tradition. Nevertheless, this phenomenon creates new challenges, such as the path to update or improve a precedent or even its overruling, especially when submitted to the protocol established by art. 1.030, I and § 2º of the Brazilian Federal Rules of Civil Procedure. The objective of this paper is to consider the possibility of the exceptional adoption of the writ of certioriari, another common law mechanism, as a tool that could allow the Brazilian Supreme Court to immediately accept a writ in cases that present substantial risk to the legal system, society, or a larger number of cases. The solution proposed involves the creation of a path uniquely submitted into the Court's discretion, as a matter of judicial policy, to identify if it is in the Court's interest to address the matter.

Keywords: *Writ of certiorari; Common law; Precedents; Constitutional writ; Preservation of jurisprudence integrity.*

1 Introdução

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América (US Supreme Court) pode ser vista como fonte de inspiração para o Supremo Tribunal Federal (STF), apesar de ambos possuírem óbvias diferenças. A forma de ingresso dos Ministros é praticamente idêntica, apesar de o cargo norte-americano ser vitalício e de o brasileiro possuir limites de idade para aposentadoria; ambas encontram-se no topo do sistema judicial como guardiões da Constituição Federal, embora o Brasil também lance mão do sistema concentrado de controle de constitucionalidade; e o STF recebeu, com as últimas reformas constitucionais e processuais, um papel de padronização por precedentes muito semelhante ao papel normativo que possui a US Supreme Court.

Diante desse contexto, o artigo busca analisar o *writ of certiorari*, ferramenta pela qual são avaliados e admitidos os recursos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em seu *habitat* natural (o sistema jurídico norte-americano) e para uma eventual aplicação no sistema judicial brasileiro – de forma excepcional e complementar, evidentemente, para não ferir literal disposição constitucional.

Tal qual o funcionamento mais básico e célebre do Direito, que procura estabelecer normas abstratas a serem futuramente aplicadas aos fatos reais, casos concretos estudados sob a luz da norma, também esta pesquisa possuiu uma inspiração abstrata e outra concreta. Elas precisam ser apresentadas para melhor compreensão do problema constatado, da solução proposta e da forma como é construída.

Diante disso, e por uma compreensão e leitura mais simples, propõe-se uma introdução com curiosa divisão em dois subcapítulos.

1.1 Inspiração abstrata da pesquisa: Mestrado/ Doutorado com Universidades estrangeiras

A inspiração abstrata (ou indireta) para este estudo tem sua origem no programa de mestrado/doutorado que a Procuradoria-Geral do Estado alinhou com a Universidade do Vale do Itajaí (Univali), para auxiliar no desenvolvimento intelectual e acadêmico de seus procuradores. Esse

programa apresenta parcerias com três universidades estrangeiras no momento, em regime de dupla titulação com o título nacional e o título do respectivo país: Universidade de Alicante, Espanha (modalidades MADAS ou IUACA), Universidade de Perugia, Itália, e Widener University/ Delaware Law School, Estados Unidos da América.

No caso, a inspiração referida decorre do programa com Delaware Law School (Santa Catarina, 2022). Ao permitir a realização de aulas na universidade estrangeira, períodos de pesquisa em seu *campus*, interação com os professores e inclusão de considerável bibliografia de sua origem no trabalho final, é inevitável a exposição dos mestrandos e doutorandos aos institutos jurídicos, sistemas, ordenamento e teorias jurídicas de outras fontes.

Isso permite compreender melhor problemas no sistema jurídico brasileiro, cogitar novas possibilidades e cenários de melhoria e propor evoluções inspiradas ou extraídas de outros universos jurídicos e acadêmicos. Justamente como o *writ of certiorari*.

1.2 Inspiração Concreta da Pesquisa: ADI 5061030-73.2021.8.24.0000

Chega-se, então, à inspiração concreta (ou direta): o processo n. 5061030-73.2021.8.24.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra dispositivos da Lei Complementar Estadual n. 170/1998, na redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 775/2021, que permitiram a opção pelo ensino domiciliar no âmbito do Sistema Estadual de Educação do Estado de Santa Catarina.

Após regular tramitação daquela ação de controle concentrado, sobreveio acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos de lei estadual impugnados.

Apontou-se, como fundamento para expurgar as normas estaduais do ordenamento jurídico, o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 888.815 (Relator Ministro Roberto Barroso, Relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal

Pleno, julgado em 12/09/2018, publicado em 21/03/2019), *leading case* do Tema 822 de repercussão geral, que teria supostamente vedado a implementação do ensino domiciliar em território nacional.

Irresignado com o resultado da prestação jurisdicional, o Governador do Estado de Santa Catarina interpôs recurso extraordinário contra o acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sustentando a compatibilidade dos dispositivos de lei estadual objurgados com o ordenamento jurídico constitucional.

Ato contínuo, em juízo de admissibilidade, o Excelentíssimo Senhor Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferiu decisão que, com amparo no artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de que o acórdão recorrido estaria em consonância com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 888.815; e que, com fulcro no artigo 1.030, inciso V, primeira parte, do Código de Processo Civil, não admitiu o recurso extraordinário por força das súmulas 282, 283 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a despeito da respeitável motivação da decisão exarada em sede de juízo de admissibilidade, entende-se que o caso controvertido no recurso extraordinário a que se negou seguimento não se ajusta propriamente aos fatos operativos analisados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 888.815, de modo que não era possível transpor, para a ação de controle concentrado da lei estadual, a *ratio decidendi* do precedente formado no Tema 822 de repercussão geral.

Efetivamente, ao firmar o precedente no Tema 822 de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal partiu da premissa de que não havia lei que disciplinasse o ensino na modalidade domiciliar e, assim, à míngua de previsão legal específica, não seria possível extrair esse direito subjetivo público tão somente do texto constitucional ou da legislação até então vigente. E, especificamente nessa conjuntura – em que inexistente lei sobre a matéria – entendeu o Supremo Tribunal Federal que não haveria direito subjetivo ao ensino domiciliar.

A situação versada na ADI n. 5061030-73.2021.8.24.0000, por seu turno, é absolutamente distinta. Deveras, a ADI n. 5061030-

73.2021.8.24.0000 tem como fato subjacente a efetiva edição, pelo Poder Legislativo estadual, da lei cuja inexistência impedia, segundo entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 822 de repercussão geral, a opção pelo ensino domiciliar.

A real controvérsia reside em definir se, à luz do artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal, o Estado de Santa Catarina efetivamente detém competência para implementar e disciplinar esse método pedagógico de ensino.

No julgamento do Recurso Extraordinário 888.815, o Supremo Tribunal Federal não se debruçou sobre a competência para legislar sobre essa matéria, se privativa da União ou se concorrente com os Estados; apenas asseverou que, diante da ausência de previsão legal, não é possível extrair o direito ao ensino domiciliar diretamente da Constituição Federal.

Em tal contingência, o Estado de Santa Catarina viu-se compelido a interpor agravo interno e agravo em recurso extraordinário para viabilizar a ascensão da insurgência recursal ao Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, até que seja julgado o agravo interno pelo órgão competente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, permanece irresoluta, por tempo indeterminado, matéria que é de extrema relevância social, o que ensejou a reflexão sobre mecanismo que pudesse abreviar o trâmite processual.

É importante esclarecer que a ADI n. 5061030-73.2021.8.24.0000 não é o objeto desta pesquisa, nem será aprofundada. Ela apenas ajudou a compreender o problema a ser enfrentado, diante de uma controvérsia de âmbito estadual, com profundo alcance social e relacionado a um direito de máxima relevância (a educação): há mecanismo pronto ou adaptável para permitir que o Supremo Tribunal Federal assuma sua competência constitucional em RE, quanto inadequadamente obstada pelo fluxo do artigo 1.030, I e §2º, do CPC?

A hipótese trazida tenta responder a essa questão por meio do uso da "reclamação constitucional" sob a forma de um verdadeiro *writ of certiorari*. Para isso, ao longo dos quatro capítulos, é preciso conhecer melhor esse instituto, o funcionamento da US Supreme Court e do Supremo Tribunal Federal na competência recursal constitucional e os riscos e benefícios de se permitir o manejo da reclamação para esse fim.

Já é possível antever, portanto, que o conflito a ser balanceado passa por equilibrar duas reivindicações legítimas: a possibilidade de destrancar o procedimento de recursos ao STF em casos particularmente graves, sem inviabilizar o funcionamento da Corte com um novo fluxo de pedidos repetitivos em grande quantidade.

2 *Writ of Certiorari*: definição e origem

Embora seja inviável realizar um profundo estudo do sistema jurídico norte-americano em parte de um capítulo, algumas discussões são inevitáveis. O primeiro preconceito que se tem na aplicação de institutos estadunidenses (e britânicos) possui origem na sua base em sistema de *common law*, enquanto o brasileiro encontra raízes no direito estatutário (*civil law*), por meio de origens romanas/lusas/italianas (Brand; Getzler, 2012; Salles, 2019).

O *common law*, também chamado direito consuetudinário, traz a ideia de costume, tradição, com um desenvolvimento normativo que respeita muito os valores e as regras do povo, o que não é de todo impreciso. Isso traz uma presunção – míope, contudo, especialmente se contraposta ao direito "estatutário" (*statutes* – leis) – de que tais países não se organizam por meio de normas e de que as cortes não aplicam leis, apenas a tradição, por um juízo de equidade. Pois bem, o sistema norte-americano é fortemente construído sob normas estabelecidas por seus parlamentos, e o juízo de equidade é limitado às cortes de *Small Claims* (Haneman, 2017).

Possivelmente, o aspecto de "tradição" mais forte no sistema norte-americano seja a obrigação de se observar os precedentes, as decisões judiciais anteriores, especialmente de Cortes mais elevadas, como verdadeira lei, inclusive extrajudicialmente. De certo modo, esse foi o caminho adotado pelo legislador no Brasil ao editar o Código de Processo Civil de 2015, pois incorporou ao ordenamento jurídico robusta construção normativa orientada a um sistema de precedentes (artigo 927 do CPC) e posterior manutenção da certeza, integridade e coerência da jurisprudência (artigo 926 do CPC). Ou seja, os sistemas não são tão diferentes como se possa presumir.

Feito esse longo parênteses, para chegar ao termo, mas evitar confusões futuras, o *writ of certiorari* possui uma origem na tradição/costume por meio do direito britânico, embora o termo central tenha origem no latim. *Writ* é um termo anglo-saxão para *written order*, uma ordem escrita, enquanto *certiorarie* significa estar devidamente informado (Black's Law Dictionary, 2019). Como resultado, ter-se-ia uma ordem escrita para ser devidamente informado.

Esse conceito é muito próximo de sua noção original, que, por sua vez, guarda certa semelhança com o uso atual. Antes de chegar na Separação de Poderes, o rei encontrava-se também no topo da autoridade jurisdicional. Como não poderia exercê-la diretamente, pela tradição anglo-saxã de que os julgamentos seriam feitos pelo povo, essa autoridade era delegada para xerifes e cortes locais, cada qual com sua autoridade. Pelo *writ of certiorari*, o monarca poderia exigir que a corte certificasse determinada decisão, demonstrando que se encontrava dentro de sua autoridade (Goodnow, 1981).

O seu uso dentro do sistema *common law* deu-se com base na tradição, em registro no *Registrum Brevium: tarn Originalium quam Judicialium*, que continha cinco *writs*, dois deles bastante conhecidos no Brasil: *Habeas Corpus*, *Mandamus*, *Certiorari*, *Prohibition* e *Quo Warranto*. As duas últimas ferramentas possuem menor notoriedade atualmente, mas a *Prohibition* era usada para controvérsias entre o alcance das cortes monarcas e dos tribunais eclesiásticos, enquanto a *Quo Warrant* buscava discutir a validade de títulos feudais ou seu alcance (Jenks, 1923).

Com essa apresentação histórica, chega-se a um conceito mais estruturado, do *American Jurisprudence*, muito utilizada para definições jurídicas no sistema americano:

> *Certiorari* é um *writ* expedido por uma corte superior para uma inferior ou para servidor em desempenho de função jurisdicional, requisitando a certificação e remessa dos registros e procedimentos, para que sejam revisados e corrigidos em análise jurídica. É um *writ* da common law de origem antiga, mas que também pode ter previsão legal (Gebauer, 2023, tradução livre).

Do *Corpus Juris Secundum*, outra fonte segura no direito norte-americano, tem-se:

> Casos das cortes recursais podem ser revistos pela Suprema Corte através da concessão de *writ of certiorari* mediante petição de quaisquer das partes em qualquer processo civil ou criminal, antes ou depois de julgamento ou ordem final. O principal fundamento para *certiorari* é resolver conflitos entre as cortes de apelação e estaduais sobre o significado de norma federal, assegurar a uniformidade de decisões e revisar casos de importância, nos quais a *Supreme Court* decide no interesse público. Também foi estabelecido para limitar a jurisdição da Corte e permitir que mantenha seu acervo em proporções sustentáveis (Oakes, 2023, § 288, tradução livre).

Em uma tentativa de simplificação para juristas menos confortáveis com o direito norte-americano, portanto, o *writ of certiorari* pode ser considerado um pedido de uma das partes para que a Suprema Corte aceite seu caso. Essa descrição, como visto a seguir, é muito diferente do contexto brasileiro.

3 Admissibilidade pela US Supreme Court: direito ou política judiciária?

A competência da US Supreme Court, em uma primeira aparência, é muito semelhante à do STF. Extrai-se do guia oficial do sistema judicial norte-americano para juristas estrangeiros, com livre tradução:

> A *U.S. Supreme Court* é a mais alta Corte nos Estados Unidos. A Corte é formada por um *Chief Justice* e oito *Associate Justices*. Ela se reúne em plenário, com todos os nove *Justices* ouvindo e decidindo os casos conjuntamente, salvo se algum dos *Justices* não puder participar no caso por razão específica, como conflito ético.
>
> O portfólio de casos da *U.S. Supreme Court* consiste de questões destinadas à Corte e de um pequeno número de casos selecionados de forma cuidadosa e discricionária.

> A Constituição e legislação federal prevê que a *U.S. Supreme Court* atuará como Corte originária ou exercer competência em apelo de conhecimento obrigatório em um pequeno número de hipóteses previstas, como disputas territoriais entre Estados. O restante dos casos da *U.S. Supreme Court* é determinado de forma eletiva quando ao menos quatro *Supreme Court Justices* concordarem em ouvi-lo. A Corte tipicamente seleciona casos que apresentam uma importante questão constitucional ou estabeleça norma federal que precise ser clarificada, como quando Cortes regionais de apelação "dividam-se" em questão de lei ou proferem decisões contraditórias (EUA, 2016).

Entretanto, sobre a parte da competência que não é objeto desta pesquisa (ações originárias ou competências de "apelação" – segundo grau por recurso de fundamentação livre), já se encontram grandes diferenças, como a ausência dos foros privilegiados de autoridades em questão penal e mandamental e as ações originárias de controle concentrado de constitucionalidade[1].

A competência com mais relevo a essa pesquisa, contudo, é a análoga ao Recurso Extraordinário, na qual se requer da Corte, principalmente, a interpretação final da Constituição da Nação. E, nesse âmbito, também há um volume imensamente inferior ao brasileiro. Os relatórios da US Supreme Court de 2022 e 2020 permitem verificar os números de quatro anos, com tradução livre:

> **(2022) A Supreme Court of the United States**
> O número total de casos protocolados foi reduzido de 5.307 em 2020 para 4.900 no calendário de 2021. [...] Durante o termo de 2021, 70 casos foram debatidos e 63 decididos por 58 votos assinados, comparados a 72 casos discutidos e 69 decididos por 55 votos assinados de 2020. A Corte também proferiu 7 decisões *per curiam* (subscritas pela Corte) durante o termo de 2021 (EUA, 2022b).

1 A competência originária encontra-se no *Rule* 17 do Regimento Interno (EUA, 2022a) e artigo III da Constituição dos Estados Unidos da América (EUA, 1788). Já a competência em "apelação" encontra-se na *Rule* 18.

> **(2020) A Supreme Court of the United States**
> O número total de casos protocolados foi reduzido de 6.442 em 2018 para 5.411 no calendário de 2019. [...] Durante o termo de 2019, 73 casos foram debatidos e 69 decididos por 53 votos assinados, comparados a 73 casos discutidos e 69 decididos por 66 votos assinados de 2018. A Corte também proferiu 4 decisões *per curiam* (subscritas pela Corte) durante o termo de 2021 (EUA, 2020).

O relatório de 2020 traz, ainda, relevantes gráficos históricos:

Figura 1 – Casos recebidos e decididos pela US Supreme Court

Fonte: EUA (2020)

Ou seja, a US Supreme Court apresenta surpreendentes 70 a 73 casos examinados por ano em apenas 5.400 a 6.500 pedidos de análise protocolados anualmente. Embora já possa ser considerado um trabalho considerável e substancial para nove *Justices* que decidirão em colegiado provavelmente as questões mais relevantes e controvertidas do país, esse número é assustadoramente baixo para os juristas acostumados com a realidade brasileira.

Para compreender a questão, é importante trazer o procedimento regimental, em especial a Regra 10 do Regimento Interno da US Supreme Court:

> Revisão através de *writ of certiorari* não é questão de direito, mas de análise judicial discricionária. Uma petição por *writ of certiorari* somente será concedida por razões contundentes. Abaixo, sem definir ou limitar a extensão da discricionariedade da Corte, indicam-se a natureza das razões que a Corte considerada:

> (a) uma corte de apelações dos Estados Unidos decide em conflito com a decisão de outra corte de apelações dos Estados Unidos em mesma matéria relevante; decide uma importante questão federal de uma forma que conflita com decisão de corte máxima de um Estado; ou se distancia consideravelmente do curso usual e aceito aos processos ou sanciona tal procedimento de uma corte inferior, sendo necessário o exercício do poder de supervisão da Corte;
>
> (b) uma corte máxima estadual decide uma questão federal importante de modo que conflita com decisão de corte máxima de outro Estado ou de uma corte federal de apelos;
>
> (c) uma corte estadual ou corte federal de apelos decide questão federal importante que não foi anteriormente decidida por esta Corte, mas assim deveria, ou decide questão federal importante de modo contrário com decisões relevantes desta Corte.
>
> Uma petição por *writ of certiorari* raramente será aceita quando os erros indicados consistem em equívoco fático/probatório ou aplicação inadequada de interpretação jurídica correta (EUA, 2022a, tradução livre).

O aspecto central que explica a situação da Corte Máxima norte-americana é justamente o *writ of certiorari*, instituto que concilia a necessidade de unificar a aplicação do direito com as limitações de um tribunal composto de somente nove membros.

Trata-se de mecanismo que, com as devidas adaptações, *faz* o papel equivalente ao Recurso Extraordinário no direito brasileiro, com a principal diferenciação de que aquele é quase que uma súplica para que o caso seja ouvido, pois o seu recebimento é discricionário.

Se o *writ of certiorari* permite à Suprema Corte conhecer casos que, ordinariamente, não estariam submetidos à sua esfera de competência, por outro lado, trata-se de escolha discricionária. A Corte elegerá os casos que irá julgar, de acordo com a análise de oportunidade e conveniência de seus membros, e sequer se exige que a decisão que concede ou não o *certiorari* seja fundamentada.

Madden (1963, p. 160, tradução livre) esclarece o propósito do instituto:

> [...] Como é fisicamente impossível para qualquer tribunal receber todos, ou mesmo uma grande proporção [dos casos com controvérsia constitucional ou estatutária] e lhe dar plena consideração, o que exige a leitura de extensas petições e ouvir a todas as arguições orais, o que um apelo geralmente envolve, o país deve se satisfazer com o melhor que pode ser feito, nestas circunstâncias.
> [...]
> Se a Constituição deve ser um documento duradouro, em um mundo não sonhado por seus autores, deve existir, se a experiência federativa deseja cumprir sua promessa, uma sessão permanente de uma forma de Convenção Constitucional. Esse corpo não pode ser formado por espíritos de outras épocas ou divindades. Ele deve, por necessidade, ser formado de homens. E esse corpo é a *U.S. Supreme Court*. Se chegaria a um dia infeliz para o país se a Corte estivesse tão sobrecarregada de casos judiciais que não pudesse mais realizar seu trabalho de forma cuidadosa e refletida. O histórico *writ of certiorari* serviu para prevenir que tal dia.

Entre as regras que regem o *writ of certiorari*, pode-se destacar, ainda, a admissão desse instrumento "*per saltum*", ou seja, a interposição do *writ of certiorari* antes mesmo do julgamento final das cortes inferiores, desde que o caso detenha uma imperativa importância pública para justificar a atuação imediata da Corte Suprema (Regra 11 do Regimento Interno da Suprema Corte Americana).

O fato de o recebimento ou não de um reclamo para a US Supreme Court ser discricionário responde à questão deste capítulo: o acesso à Corte Máxima nos Estados Unidos da América não é um direito do litigante, apenas uma prerrogativa do Tribunal, que escolherá, de acordo com o volume que projeta atender e a relevância da causa e da controvérsia, quais casos selecionará.

Há o fortalecimento do controle discricionário, em detrimento do controle obrigatório, tido como um direito da parte interessada. Pode-se dizer, então, que é uma decisão de política judiciária da Corte, a definir quais situações mais merecem ocupar seu limitado tempo.

Um exemplo de como essa seleção é feita encontra-se nos casos paradigmáticos sobre a triagem da prova pericial, pela qual o juiz decide

quais *experts* apresentaram seu conhecimento ao júri. Em 1993, em Daubert *vs*. Merrell Dow, a US Supreme Court entendeu que era necessário ajustar os critérios da triagem para a nova legislação processual, por sucessivos equívocos interpretativos pelo país: "Nós admitimos o recurso em função das profundas divisões entre as Cortes quanto ao critério adequado para admissão do testemunho do *expert*" (EUA, 1993, tradução livre). Pouco depois, em 1997, no caso General Electric Co. *vs*. Joiner, a Corte entendeu que outros Tribunais interpretaram incorretamente o precedente: "Contrariamente à conclusão da Corte de 11ª Região, Daubert *vs*. Merrell não alterou de forma alguma a regra geral através da qual o juízo distrital decidirá pela exclusão de uma prova científica" (EUA, 1997, tradução livre).

4 Acesso ao Supremo Tribunal Federal

A competência do Supremo Tribunal Federal é pormenorizada no artigo 102 da Constituição Federal.

E, embora a missão precípua do Supremo Tribunal Federal seja a correta interpretação da Constituição Federal, a leitura desse artigo revela que, em verdade, as competências originárias, ordinárias e extraordinárias da Corte são muito mais amplas do que seu papel de hermeneuta constitucional.

Deveras, ao contrário da US Supreme Court, cuja competência é reduzida, o Supremo Tribunal Federal realiza julgamentos originários de processos criminais, de lides envolvendo Estados estrangeiros ou organismos internacionais, de conflitos entre entes federativos nacionais, aprecia recursos ordinários contra mandados de segurança decididos em única instância por Tribunais Superiores, entre outras lides que o distanciam de sua função de exegeta constitucional.

Ainda, enquanto o acesso à Corte Americana é bastante restrita, o Supremo Tribunal Federal pode ser provocado por vasto rol de legitimados, o que contribui para o exacerbado número de processos que tramitam na Corte brasileira, desdobramento natural dos conflitos massificados que caracterizam a sociedade atual.

O amplo feixe de competências atribuído ao Supremo Tribunal Federal se reflete na prática, conforme se extrai de dados sobre o acervo obtidos do Programa Corte Aberta, instituído pela Resolução n. 774/2022 (Brasil, 2023):

Figura 2 – Processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal

Fonte: Brasil (2023)

A impactante assimetria entre o acervo do Supremo Tribunal Federal e o número de processos em tramitação na US Supreme Court tem sua origem, em grande medida, no amplo acesso à Corte Constitucional viabilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da interposição de reclamos extraordinários.

Efetivamente, de acordo com o regramento processual pátrio, interpreta-se a possibilidade de interposição de recursos extraordinários como direito subjetivo da parte interessada, tornando, assim, obrigatório o exercício da jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que para dizer que a insurgência recursal não preenche os requisitos de admissibilidade.

Nos termos da redação original da Constituição Federal, todo aquele que possuísse uma decisão com esgotamento de todo trâmite recursal ordinário e que construísse sua causa sobre um direito tutelado pela Constituição Federal e seus 250 artigos (e 122 dispositivos transitórios e 128 emendas) poderia, em tese, levar seu caso ao Supremo

Tribunal Federal, ainda que o caso concreto não ostentasse quaisquer traços de uma questão relevante e/ou transcendente ao interesse daquele litigante. E o Supremo Tribunal Federal, por seu turno, não poderia simplesmente responder que não deseja "pegar" o caso.

Diante desse contexto e a fim de concentrar a atuação do Supremo Tribunal Federal em questões que desbordem do caso concreto e/ou que versem sobre questão constitucional relevante, a Emenda Constitucional 45/2004 passou a exigir a comprovação da repercussão geral da questão levada à Corte pela via extraordinária, instituto que de certo modo se aproxima do *writ of certiorari*.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, portanto, atribuiu-se ao recorrente o ônus de demonstrar, sob pena de inadmissibilidade do recurso extraordinário, que a lide trazida por intermédio da insurgência recursal é maior que um mero litígio individual, atingindo matéria de relevância econômica, política e/ou social que realmente justifique a atuação da Corte Constitucional.

Nada obstante, mesmo que a demonstração de repercussão geral de certo modo aproxime o Supremo Tribunal Federal de sua função de intérprete constitucional, ainda assim não retirou do recurso extraordinário os contornos de direito subjetivo da parte, pois não é admitida a recusa discricionária da alegada repercussão; exige-se, para tanto, a manifestação de dois terços dos membros da Corte, em decisão fundamentada.

Mais adiante, também no intuito de racionalizar a prestação jurisdicional e de direcionar a atuação do Supremo Tribunal Federal à sua função nomofilácica, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma robusta construção normativa para implementar um sistema de vinculativo de precedentes na cultura jurídica pátria, de observância obrigatória pelos tribunais locais. É o que ocorre, por exemplo, com os precedentes formados em recursos extraordinários submetidos a regime de repercussão geral, que definem teses jurídicas vinculantes para os juízes e tribunais.

Simultaneamente, contudo, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu filtros procedimentais para obstar a ascensão irrestrita das causas ao Supremo Tribunal Federal, com a criação de óbices que revelam nítido movimento da chamada "jurisprudência defensiva".

Decerto, se, em tese, o acesso ao Supremo Tribunal Federal é parte das garantias processuais, desde que cumpridos os requisitos fixados, isso não significa que a Corte, juntamente com o Superior Tribunal de Justiça, não tente limitar ao máximo a ascensão de recursos, por meio da criação de óbices formais ao processamento da insurgência. É o que se denomina de "jurisprudência defensiva", verificada, a título exemplificativo, no rigor com que se analisa a necessidade de prequestionamento da matéria levada aos tribunais superiores, na impossibilidade de comprovação de feriados locais após a interposição do recurso, na rigidez formal exigida para a prova da divergência nos recursos fundados em dissídio jurisprudencial, entre inúmeras outras práticas constatadas na prática forense.

Há um filtro procedimental instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, contudo, que detém especial condão de obstar o acesso à correta e célere interpretação do texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja: a competência outorgada aos Tribunais locais para averiguar o acerto ou desacerto na aplicação, por seus órgãos fracionários, de teses firmadas em repercussão geral, na primeira fase de admissibilidade dos recursos extraordinários; aliada à subsequente impossibilidade de manejo de agravo em recurso extraordinário para sindicar eventuais equívocos no enquadramento do caso concreto à *ratio decidendi* que ensejou a tese de repercussão geral.

É o que se extrai do artigo 1.030, I, II e §2º, do Código de Processo Civil de 2015:

> Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: (Redação dada pela Lei n. 13.256, de 2016)
>
> I – negar seguimento: [Incluído pela Lei n. 13.256, de 2016]
>
> a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo

> Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; (Incluída pela Lei n. 13.256, de 2016).
> b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; [...].
> § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021 (Brasil, 2015, art. 1.030).

Decerto, nos casos do inciso I, em que o Tribunal local atesta que: (a) o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a existência de repercussão geral; (b) o acórdão recorrido está em conformidade com tese firmada no regime de repercussão geral; ou (c) o acórdão recorrido está em consonância com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos, o § 2º do artigo 1.030 do Código de Processo Civil atribui ao tribunal local, por intermédio de agravo interno dirigido ao órgão definido no respectivo regimento interno, a revisão de eventuais equívocos na negativa de seguimento ao recurso extraordinário interposto.

Embora esse filtro se afigure, em primeira análise, como uma das mais justas e legítimas medidas para jurisprudência defensiva, evitando a sobrecarga da Corte Constitucional, ela cria grande problema recursal quando o recurso é negado tanto pelo inciso I, quanto pelos demais, o que exige um agravo interno no Tribunal *a quo* e o agravo que iria imediatamente ao Tribunal Superior.

Em termos mais simples: o recurso extraordinário é manejado sobre os fundamentos A, B e C, mas C não é admitido com base no Tema X. A possibilidade de chegar ao STF para discutir os temas A e B tem sua celeridade comprometida, algo que não ocorreria caso fossem as únicas teses. Será julgado o agravo interno sobre C para apenas depois viabilizar a subida de A e B. Sendo assim, como nenhum ser humano é isento de erro, caso a recusa seja equivocada, a parte terá injusta perda de celeridade e potenciais prejuízos no plano dos fatos.

Isso se torna particularmente grave quando se tem uma decisão de grande repercussão e com o potencial de provocar severas e imediatas

consequências, até mesmo o perecimento de um direito, enquanto a lide aguarda a reapreciação do acórdão pela via do agravo interno.

Em tal conjuntura, torna-se necessária a reflexão sobre mecanismo que possa abreviar o trâmite processual, de modo a viabilizar que, em circunstâncias excepcionais, de especial relevância, o Supremo Tribunal Federal possa desde logo exercer sua competência precípua de guardião da Constituição Federal.

5 Incorporação do *Writ of Certiorari*: no direito brasileiro por meio da Reclamação Constitucional

A reclamação surgiu por construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, a despeito da ausência de previsão legal, mas com amparo na teoria dos poderes implícitos, reputou necessário instrumento para fazer cumprir seus julgados e para preservar sua competência.

> – A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. – Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fôra possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. – A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. – Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. – É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal. (Brasil, 1952).

Formalmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1957, trata-se de mecanismo processual hoje previsto na Constituição Federal, e originariamente concebido para tutelar a competência e a autoridade das decisões dos tribunais de superposição.

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I – processar e julgar, originariamente:
> [...]
> L) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
> I – processar e julgar, originariamente:
> [...]
> f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. (Brasil, 1988).

Posteriormente, o artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), na redação conferida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, estendeu o manejo da reclamação para garantir a observância de súmula vinculante, cujo procedimento foi posteriormente regulado pela Lei n. 11.417/2006.

Por fim, o mecanismo foi também contemplado no artigo 988 do Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2015), oportunidade em que o legislador extrapolou as finalidades iniciais de preservar a competência e de garantir a autoridade de decisões, para também abranger: (a) a observância das súmulas vinculantes e das decisões no controle concentrado de constitucionalidade; (b) a observância de precedentes formados em incidente de resolução de demanda repetitivas ou em incidente de assunção de competência. Generalizou-se, outrossim, a aplicação do instituto, permitindo o seu manejo em qualquer tribunal (artigo 988, § 1º), e não apenas nos tribunais de superposição.

> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
> I – preservar a competência do tribunal;
> II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;
> III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

> § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. [...] (Brasil, 2015).

Registre-se que o uso do termo mecanismo é escolhido para não adentrar no debate sobre sua natureza, que, para alguns, poderia ser de recurso, ação, incidente ou *sui generis*. Como aqui o relevante é a sua hipótese de cabimento e não a sua natureza, aprofundar esse debate não parece relevante.

A expressão "Reclamação Constitucional", ademais, busca reforçar a distinção da reclamação prevista no regimento interno de alguns Tribunais, ora denominada "reclamação regimental", que é equiparada à correição parcial, com o intuito de corrigir equívocos de procedimento em hipóteses que não admitem recurso. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina possuía tal instituto até a adoção do novo Regimento Interno, em dezembro de 2018, o que gera confusão e risco de aplicação para a reclamação constitucional, de objeto absolutamente diverso[2].

Em síntese, portanto, a Reclamação Constitucional é um remédio constitucional concebido para assegurar a competência e a autoridade das decisões dos Tribunais. No caso proposto, se está diante da primeira hipótese, pois se quer permitir que o STF possa analisar um processo que deveria estar em sua competência e não se encontra pela equivocada aplicação do artigo 1.030, I, do CPC.

Isso leva, contudo, a outro questionamento: se a subida do recurso encontra-se obstada por um ato recorrível por agravo interno, não há necessidade de exaurimento recursal para manejo de reclamação? Não para hipótese de violação de competência.

Aliás, historicamente, a reclamação jamais exigiu exaurimento de instância recursal. Tanto que, especialmente diante da criação das súmulas vinculantes, no início da cultura dos precedentes obrigatórios, foi visto como o remédio natural inclusive para impugnar decisões

2 Regimento interno de 1982: "Art. 243 – Caberá reclamação de decisão que contenha erro ou abuso, que importe na inversão da ordem legal do processo, quando para o caso não haja recurso específico". Regimento interno de 2018: "Art. 216. No processo penal caberá correição parcial contra decisão que contiver erro ou abuso que importar na inversão da ordem legal do processo quando para o caso não houver recurso específico".

de primeira instância diretamente na Corte máxima. Gilmar Mendes concluía:

> A EC 45/2005 consagrou a súmula vinculante, no âmbito da competência do Supremo Tribunal, e previu que a sua observância seria assegurada pela reclamação (art. 103-A, § 3º – "Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso") (Mendes, 2006, p. 25).

Contudo, pelo temor de uma crise de sustentabilidade da Corte, com número absurdo de demandas, optou-se por ajustar o artigo 988, § 5º, do CPC pela Lei n. 13.256/2016:

> Art. 988. [...]
> § 5º É inadmissível a reclamação:
> I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;
> II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias (Brasil, 2016, art. 988).

É incorreto afirmar que não cabe mais reclamação de decisão que não esgote as instâncias ordinárias. Essa restrição aplica-se apenas aos casos que buscam aplicação dos precedentes obrigatórios referidos. Não para preservação da competência da Corte.

Neste cenário, partindo-se do pressuposto da validade do uso da reclamação para efeitos de afastamento da aplicação equivocada do artigo 1.030 do CPC, como impedir um colapso do STF por excesso de pedidos e o esvaziamento do § 2º do mesmo dispositivo? A resposta se encontra no *writ of certiorari*.

Quando se fala em preservação de competência, a reclamação é manejada em benefício do Tribunal, que está sendo indevidamente

privado de seu direito de analisar a questão trazida. Se o Tribunal não concorda com o risco que lhe é apresentado, a rigor, não teria o dever de "chamar" o recurso. Poderia aguardar o trâmite regular. Ou seja, encontra-se uma situação clássica de análise discricionária, por política judiciária.

Parte-se da premissa de que o Supremo Tribunal Federal detém o poder implícito de adotar medidas para preservar sua competência de intérprete máximo da Constituição e de eleger, de acordo com avaliação discricionária, os casos que justificam sua atuação.

A proposta, então, a despeito da inexistência de previsão legal, é do manejo da Reclamação Constitucional sob a forma de *writ of certiorari*, com a finalidade de promover a função nomofilácica da Corte e de assegurar sua competência para fixar a melhor hermenêutica constitucional, através da demonstração de uma repercussão geral qualificada. Não seria apenas uma mera repercussão geral, do artigo 1.035, § 1º, do CPC: "[...] § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo" (Brasil, 2015, art. 1.035).

No caso de Reclamação Constitucional sob a forma de *writ of certiorari* para afastar aplicação incorreta do artigo 1.030, I, do CPC, não bastaria mostrar que a questão ultrapassa os interesses subjetivos do processo. É preciso demonstrar que as questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico colocam em importante risco parte razoável da população local ou estadual. Que há um grupo tutelado em risco significante.

Como se trata de uma análise discricionária da Corte, caberá a ela, então, verificar se está presente o requisito proposto, o que assegurará que o mecanismo será absolutamente excepcional e, com isso, não prejudicará o funcionamento do Supremo Tribunal Federal.

6 "Mérito" do *Writ of Certiorari*: sobreposição do juízo de interesse da Corte e relevância da causa

Quando se fala em incorporação de um instituto de outro sistema jurídico, é necessário se ter extrema cautela para conhecer as particularidades do instituto em si, o sistema de origem e o sistema de destino. Sem isso, o transplante corre sério risco de insucesso ou de um análogo "processo de rejeição do corpo estranho" pelas diferenças entre os organismos. Não se defende, portanto, em hipótese alguma, que uma eventual adoção do *writ of certiorari* no caso descrito por meio da reclamação como uma mera reclamação original, com todas as suas características.

A medida é usada no caso proposto como um instrumento em benefício da Corte Constitucional e de sua competência, não particularmente do interesse do impetrante/reclamante. Por óbvio, se obtiver êxito na medida, será beneficiado, mas esse é um efeito secundário do novel instrumento, uma consequência do que se mostraria um aperfeiçoamento do sistema jurídico atual, do que propriamente algum tipo de direito recursal.

Quando se maneja uma reclamação nos termos propostos, tem-se um *writ of certiorari* em sua plena essência, na qual o reclamante apresenta praticamente uma súplica à Corte Constitucional, qualificada pela demonstração de que há evidência de que a própria Corte e a integridade de sua jurisprudência serão substancialmente beneficiadas ao imediatamente receberem o recurso. Isso traz, contudo, o outro lado da moeda: se a Corte não compartilhar do interesse vislumbrado, por mais que o direito esteja bem demonstrado e, de fato, exista um erro de direito, o *certiorari* pode ser rejeitado.

Isso soa bastante estranho para a cultura jurídica brasileira, mas é o exato funcionamento do *writ of certiorari*. O juízo político – de política judiciária, de gestão da capacidade de absorver demandas pela Corte – prevalece sobre o juízo de mérito, de demonstração de que o recurso extraordinário deveria ter sido recebido ou de que não poderia ser negado por violação da jurisprudência uniforme da Corte.

Por isso, a medida proposta, de fato, busca preservar a competência da Corte, não a autoridade de sua jurisprudência oficial, uma visão

interessante, mas que, pelo manejo excessivo visualizado, acabou sendo repelido pela legislação e jurisprudência. Esse fenômeno leva a duas conclusões interessantes: a capacidade de prestar jurisdição é limitada e não pode ser ignorada como um tabu pela Justiça, o que apenas virá a prejudicar legítimas pretensões; e ao se impedir o uso de uma ferramenta em função do seu abuso, há também um risco de engessamento do sistema, com prejuízo para os próprios Tribunais, que perderão oportunidades de melhorar constantemente sua jurisprudência.

Em tal contexto, o *writ of certiorari*, não como um direito recursal, mas como uma possibilidade para situações raras e de maior repercussão, pode proporcionar um equilíbrio saudável para viabilizar intervenções céleres e oportunas pelas Cortes em benefício de sua própria jurisprudência uniforme, sem risco de criar uma avalanche de pedidos que ocasionará um funcionamento insustentável da Corte.

Tanto o juízo concentrar-se-á na política judiciária, na avaliação da Corte sobre a conveniência de prontamente analisar a matéria, que seria possível inclusive cogitar tal instituto como uma oportunidade de *overruling*, algo previsto no CPC no artigo 927, §§ 2º a 4º, mas ainda justificadamente imaturo no sistema processual brasileiro, que somente em tempos recentes aproximou-se da lógica de *common law*, como indica a ideia de jurisprudência oficial representada no artigo 927 do CPC e referida em tantos outros dispositivos desse diploma processual. É natural em tais sistemas que precedentes precisem ser atualizados, complementados ou até mesmo superados, sob pena de engessamento jurisprudencial e desvirtuamento dos precedentes.

A Corte não pode ser privada de sua competência de manter sua jurisprudência uniforme e atual, mas há grave risco de isso ocorrer se tais debates foram sufocados nos Juízos que lhe antecederam. Em tal situação, é plausível cogitar, com a grande excepcionalidade já ressalvada por uma repercussão geral qualificada, que o Tribunal *a quo* tenha corretamente aplicado seu precedente, mas, mesmo assim, está obstando sua legítima competência no direito de atualizá-lo em função da situação verificada. Parece algo curioso na lógica jurídica tradicional brasileira, mas é exatamente o que ocorre em um sistema de precedentes. E, como em um transplante, se o sistema de precedentes é incorporado, mas não as vias de *overruling* eficientes que usualmente

o acompanham, o sistema que recebe o então corpo estranho em algum momento entrará em colapso, por falta da cautela necessária para entender as diferenças entre os dois organismos. A jurisprudência envelhecerá, sua aplicação será menos adequada e os jurisdicionados serão prejudicados.

Portanto, é possível dizer que o interesse da Corte na análise se sobrepõe ***inclusive ao mérito*** em um *writ of certiorari*. Não é um juízo de mérito dos argumentos do impetrante/reclamante, mas um juízo de política judiciária da Corte.

7 Considerações Finais

Como previsto, a introdução de um instituto de outro sistema e família jurídica nunca é algo simples. Exige um conhecimento dos dois sistemas e da ferramenta trabalhada. No caso concreto, contudo, é possível verificar que o *writ of certiorari* não traria grande risco para o sistema jurídico brasileiro por três motivos.

Primeiramente, ele representa uma ferramenta de baixo risco, pois, se observada a sua natureza de decisão discricionária da Corte, elimina-se a possibilidade de uso abusivo pelos litigantes.

Da mesma forma, ele pode ser manejado sob a roupagem da reclamação, por compartilhar uma de suas hipóteses de cabimento, desde que mantidas as suas particularidades, para evitar que a ferramenta seja utilizada em excesso.

O fator mais importante, contudo, é a verificação de que o sistema jurídico brasileiro, no intuito de dar vazão célere às demandas repetitivas, tem incorporado ferramentas de *common law* para formar praticamente um sistema de precedentes. Como é de se esperar, contudo, até mesmo pela falta de maturidade dessas ferramentas no Brasil, alguns riscos já são vistos, como dificuldade de evolução jurisprudencial por *overruling* e risco de consequências graves em processos inadequadamente obstados pelo artigo 1.030, I e § 2º, do CPC. O *writ of certiorari*, mais do que criar novos problemas, apresenta-se como uma potencial solução para esses desafios.

Referências

BLACK'S LAW DICTIONARY. **Verbete "Certiorari"**. Bryan A. Garner (editor-chefe). 11. ed. [*S.l.*]: Black's Law Dictionary, 2019.

BRAND, Paul; GETZLER, Joshua. **Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law**: From Antiquity to Modern Times. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. **Código do Processo Civil**. 2015. Disponível em: https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13105&ano=2015&ato=c61QTS65UNVpWTc75. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13256.htm. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Programa Corte aberta**. [2023]. Disponível em https://portal.stf.jus.br/hotsites/corteaberta/. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 141**. Tribunal Pleno. Relator Rocha Lagoa. Julgado em 25.jan.1952. Publicado em 17.abr.1952.

EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Federal Court System in the United States**: na Introduction for Judges and Judicial Administrators in Other Countries. 4. ed. Washington DC: Administrative Office of the US Courts, 2016.

EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Aprovada em 5 dez. 2022a. Disponível: https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2023RulesoftheCourt.pdf. Acesso em: 13 jan. 2023.

EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Chief Justice's Year-End Reports on the Federal Judiciary.** Exercício 2022b. Disponível: https://www.supremecourt.gov/ publicinfo/year-end/2022year-endreport.pdf. Acesso em: 3 jul. 2023.

EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Chief Justice's Year-End Reports on the Federal Judiciary**. Exercício 2020. Disponível: https://www.supremecourt.gov/ publicinfo/year-end/2020year-endreport.pdf. Acesso em: 3 jul. 2023.

EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**. Ratificada em 1788. Disponível em: https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm. Acesso em: 5 jan. 2023.

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

EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **General Electric Co. v. Joiner**, 522 U.S. 136, (1997).

GEBAUER, John A. **Certiorari: American Jurisprudence**. 2. ed. Atualização de maio de 2023. [*S.l.: s.n.*], 2023.

GOODNOW, Frank J. The Writ of Certiorari. **Political Science Quarterly**, [s.l.], v. 6, n. 3, p. 493-536, set. 1981.

HANEMAN, Victoria J. **Bridging the Justice Gap With a (Purposeful) Restructuring of Small Claims Courts**. New England: Western New England Law Review, 2017. v. 39.

JENKS, Edward. The prerogative writs in English Law. **Yale Law Journal**, [*s.l.*], ed. 32, 1923.

MADDEN, J. Warren. One Supreme Court and the Writ of Certiorari. **Hastings Law Journal**, [*s.l.*], 15, n. 2. p. 153-160, 1963.

MENDES, Gilmar. A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. **Revista Direito Público**, [*s.l.*], n. 12, abr.-maio-jun. 2006.

OAKES, Karl. ***Certiorari: Corpus Juris Secundum***. Atualização de maio de 2023. [*S.l.: s.n.*], 2023.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. 2019. 509p. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019. Disponível em: https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf. Acesso em: 3 jul. 2023.

SANTA CATARINA. **PGE/SC recebe comitiva da Universidade de Delaware**. Procuradoria-Geral do Estado. Publicada em 7 de dezembro de 2022. Disponível em: https://www.pge.sc.gov.br/noticias/visita-comitiva-delaware/. Acesso em: 3 jul. 2023.

Bruno de Macedo Dias

Procurador do Estado de Santa Catarina. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e por Delaware Law School e Widener University. Mestre em Ciências Jurídicas pela Univali. Master en Derecho Ambiental e de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante, Espanha. Especialista pelo Cesusc em Direito Material e Processual Civil.

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

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

Ligia Janke

Procuradora do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela PUC-PR. Especialista em Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá.

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

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

Recebido em: 04/07/2023

Aceito em: 21/07/2023

Como referenciar este artigo

DIAS, Bruno de Macedo; JANKE, Ligia. *Writ of Certiorari*: da sua origem à US Supreme Court e sua aplicabilidade ao Supremo Tribunal Federal. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 371-398, dezembro de 2023.

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

Segunda seção

Peça Histórica

Em 2016, atuação da PGE-SC evitou prejuízo de R$ 5 bilhões ao provar constitucionalidade de tributo em processo que inaugurou jurisprudência no STF

No ano de 2016, a Procuradoria-Geral do Estado (PGE-SC) venceu um embate jurídico em torno da constitucionalidade de uma Lei Estadual de 2001 que buscava estabelecer a tributação de bens e mercadorias importadas em Santa Catarina. Essa vitória foi um marco para a instituição, porque evitou um prejuízo de cerca de R$ 5 bilhões aos cofres públicos catarinenses e serviu como base para a criação de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal (STF), estabelecida por meio do Tema 1094 da Corte.

O embate judicial girou em torno da instituição de duas leis que regulamentavam a tributação sobre importação, inicialmente estabelecida em nível nacional pela Emenda Constitucional n. 33/2001. Com o objetivo de regular esse imposto no Estado, foi criada a Lei Estadual n. 12.498 e, posteriormente, a Lei Complementar n. 114, que definiu os parâmetros e o alcance do tributo sobre importação.

A Lei Complementar n. 114, foi promulgada em 16 de dezembro de 2002 e publicada no dia seguinte. Por sua vez, a Lei Estadual n. 12.498, que estabelece o imposto em Santa Catarina, foi promulgada em 12 de dezembro, mas apenas no dia 18 foi publicada no *Diário Oficial*. O imbróglio teve início quando importadores catarinenses, obrigados a pagar o ICMS sobre os produtos trazidos do exterior, questionaram o fato de a Lei Estadual ter sido, segundo eles, aprovada antes da Lei Complementar. Tal fato seria inconstitucional, já que a primeira não estaria ainda em vigor, quando da aprovação da segunda.

Inicialmente, foi dada decisão favorável aos empresários pela Comarca de Itajaí. No entanto, a PGE-SC demonstrou, por meio de um recurso, que a lei fora aprovada antes, mas passou a vigorar em 18 de dezembro, data da publicação no *Diário Oficial*, o que garantiria a sua constitucionalidade. Em novo julgamento, a argumentação dos procuradores foi aceita, e a decisão anterior, reformada. Dessa forma, os recursos arrecadados por impostos sobre a importação de bens e mercadorias pelo Tesouro Estadual desde 2003, que totalizaram um

montante de cerca de R$ 5 bilhões, foram considerados legais e não precisaram ser devolvidos aos importadores.

Essa decisão representa um marco na atuação da PGE, não apenas pelo valor envolvido, mas pela sua repercussão. Após a vitória do Estado, a tese serviu como base para criação de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, instituída por meio do Tema 1094. Segundo a interpretação da Corte, "[...] as leis estaduais editadas após a EC n. 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC n. 114/2002".

"Se é cobrado ICMS sobre os bens produzidos no Estado, por que os importados não pagariam? Isso seria uma discriminação com a indústria local, por total ausência de isonomia tributária", explica o procurador do Estado Luiz Dagoberto Brião, que atuou no caso. De acordo com ele, desde o julgamento contrário da Comarca de Itajaí, foram centenas de ações judiciais em todo o Estado pedindo a restituição dos valores cobrados. "Se o Estado tivesse que devolver todo esse dinheiro, as contas públicas estariam praticamente inviabilizadas", concluiu o procurador Luiz Dagoberto Brião[1].

[1] Destaca-se o agradecimento ao Assessor de Comunicação, Jornalista Felipe Anselmo Reis, que auxiliou o Procurador do Estado Luiz Dagoberto Brião na transcrição de sua fala.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

'O Estado Juiz pode aplicar uma lei que ainda não foi publicada?'

ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu Procurador do Estado, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, nos autos da **Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.044003-6** em que contende com **Luis Felipe Fonseca Mendes**, interpor o presente **EMBARGO DE DECLARAÇÃO**, nos termos do *incisos I e II* do *art. 535 c/c inc. IV do art. 496 e art. 188 do CPC* contra o venerando *acórdão* de fl., pelas razões que seguem (acórdão recorrido foi publicado no *DJSC Eletrônico n ° 2159, de 23.07.2015, p. 01*, o que atesta a *tempestividade)*:

1) Dos fatos:

O feito discute a exigência do pagamento de *ICMS na importação de veículo para uso próprio* e, segundo o acórdão recorrido, o impetrante *"Argumentou que "Tal conduta é indevida, pois não pode ser considerado contribuinte do imposto" e que "é inconstitucional a norma estadual que prevê a tributação nesses moldes (Lei n. 12.498/2002), porque foi promulgada antes da edição da LC n. 114/2002" (fl. 288)."* (sublinhado nosso) e, ao tempo em que *adotou totalmente as razões apontadas pela Câmara arguente*, concluiu: *'Pelo aí exposto, e na linha do já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, sob o procedimento do art. 543-B do Código de Processo Civil, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 439.796/PR, deve-se acolher a arguição e declarar inconstitucional a Lei Estadual n. 12.498/2002, pois promulgada antes da Lei Complementar n. 114/2002.'* (sublinhado nosso).

NN. 2010.01.014562 Página 1 de 12 Av. Osmar Cunha, 220, Ed. J.J.Cupertino, Centro - CEP 88015100, Florianópolis-SC - Fone: (48) 3664-7500

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Há pronunciamento do Dr. Hélio do Valle Pereira, envolvendo o tema de fundo (ICMS na importação de veículo para uso próprio), que é bem oportuno (sentença do MS n. 0309298-40.2014.8.24.0023 - 3ª. Vara da Fazenda Pública - Capital):

> "*Para se chegar a solução oposta haveria o* ***prestigiamento de uma enorme injustiça****. Se alguém for a uma concessionária de veículos, por exemplo, o preço do veículo aditará o ICMS. Se fizer a* ***importação diretamente****, seria indefensável que ficasse livre do ônus sob pena de criar o incentivo desmedido às importações,* ***ainda mais de bens supérfluos como automóveis****. Essa foi a razão da justa EC 33, que evitou o absurdo pretérito - e que* ***não pode ser ressuscitado****. O mesmo vale, ademais, para qualquer outro bem, ainda que usado.*" (sublinhado e negrito nosso).

É sabido que os embargos de declaração se prestam para, nos termos do art. 535 do CPC, suprir ***omissão***, afastar ***obscuridade*** e eliminar ***contradição***, bem como, por construção jurisprudencial, ***sanar erro material***, de premissa fática ou, ainda, para aventar questões de ordem pública, ressalvando-se eventuais *efeitos infringentes* por força do estrito acolhimento desses vícios (excerto: TJSC, Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2009.062288-9, de Itajaí, rel. Des. Rosane Portella Wolff, j. 06-05-2014).

Vejamos os *equívocos de intelecção* que autorizam o provimento deste recurso pois uma vez suprimidos, exigiram a *alteração* do desfecho atribuído à lide:

2) Do Direito:

A validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e de legislação local (Lei Estadual nº 12.498/2002) resultantes do exercício da competência tributária, *contemporâneas à ocorrência do fato jurídico* que se pretende tributar esta presente.

O acórdão aduz que '*...o cerne da questão: a inconstitucionalidade da norma estadual, uma vez promulgada antes da federal.*', ou seja, o fato da Lei Estadual nº 12.498/02 ter sido promulgada em 12/12/2002, ou seja, antes da LC nº 114/02, que foi promulgada em 16/12/2002, em que pese AMBAS terem sido publicadas em 17/02/2002, constitui a sua inconstitucionalidade.

2.1) No acórdão há **ERRO MATERIAL:**

No acórdão recorrido encontramos:

> Entretanto, a LC n. 114/2002 foi promulgada em 16-12-2002, ou seja, quatro dias após a legislação local, o que levaria a uma aparente inconstitucionalidade da norma estadual.
> Pode gerar alguma discussão o fato de ambas as leis terem sido publicadas no mesmo dia (17-12-2002).
> (fl.) (sublinhado nosso)

No caso, a *data da* ***publicação*** é diversa da *data da* ***circulação***.

A circulação do Diário Oficial do Estado, com a publicação da Lei 12.489/02, ocorreu em 18/12/2002, conforme se comprova pela certidão emitida pela Imprensa Oficial, em anexo.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Assim, a população só tomou conhecimento da norma no dia 18/12/2002, pois *é com a circulação da publicação que se dá a publicidade à Lei.*

Sobre o tema, importante elucidar alguns conceitos:

> *"A lei só se torna eficaz (isto é, em condição de produzir seus efeitos) com a promulgação publicada."* (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros - São Paulo - 2005, p. 528)

E continua:

> *"A publicação da lei constitui instrumento pelo qual se transmite a promulgação (que concebemos como comunicação da feitura da lei e de seu conteúdo) aos destinatários da lei. A publicação é condição para a lei entrar em vigor e tornar-se eficaz."* (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros - São Paulo - 2005, p. 528-529)

No mesmo sentido:

> *"A publicação é condição da eficácia do ato normativo. Ela 'constitui simples condição para se efetivarem, no plano jurídico, as forças que a lei recebeu do legislador'. Verificada essa condição fixa-se o termo em que se há de tornar efetiva a eficácia do ato normativo, conforme decorre do art. 1º da Lei de Introdução."* (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Processo Legislativo**. Saravia - São Paulo - 2012, p. 274-275)

Ora, verifica-se que a publicação é o marco que dá eficácia à norma e, no presente caso, ocorreu somente em 17/12/2002, quando já havia sido publicada também a LC 114/2002. Não bastasse isso, a circulação do Diário Oficial nº 17.056 ocorreu apenas em 18/12/2002, quando a população realmente tomou conhecimento da existência da lei, passando a sujeitar-se à hipóteses de incidência da Lei 12.498/2002, conforme certidão anexa.

Como bem ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa na redação final de seu voto do *RE 439796*, a cobrança do tributo depende da existência concomitante da *"existência de competência, exercício dessa competência pela União, resultante em norma geral em matéria tributária e exercício de competência por cada um dos estados-membros e pelo Distrito Federal, resultante na regra-matriz de incidência tributária."*.

Conforme afirmado acima, a cobrança do ICMS nos casos paradigma enfrentados pelo STF foi considerada inválida em razão da ausência do exercício da competência pela União.

Não é o que ocorreu no Estado de Santa Catarina. A Lei Estadual 12.498/2002 prevê a entrada em vigor na data de sua publicação, que ocorreu efetivamente somente em 18/12/2002, quando circulou o Diário Oficial do Estado, razão pela qual não há incidência do ICMS na importação por contribuinte não habitual em data anterior à edição da LC 114/2002, que foi publicada e entrou em vigor no dia 17/12/2002.

Ou seja, quando o tributo passou a ser exigido, havia:

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

1º.) Previsão Constitucional, entendida como autorização, através do art. 155, §2º, IX, "a" da CF, alterado pela Emenda Constitucional nº 33/2001; e

2º.) Lei Complementar nº 114/2002 (exigência da própria Emenda Constitucional 33), que deu os parâmetros da Hipótese de Incidência; e

3º.) Lei Estadual 12.498/2002 que criou o tributo no Estado de Santa Catarina, no dia 18/12/2002.

Assim, com inexiste mácula extraordinária que autorize a exclusão da norma a Lei Estadual 12.498/2002 deve ser mantida.

2.2) No acórdão há **CONTRADIÇÃO e OMISSÃO**:

2.2.1) Da **CONTRADIÇÃO**:

Da **CONTRADIÇÃO**: Conforme se depreende do venerando Acórdão, publicado em 23/07/2015, a Lei Estadual 12.498/2002 foi considerada inconstitucional, por ter sido promulgada antes da edição da LC 114/2002, o que a tornaria inválida, já que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal *"a **validade da constituição do crédito tributário** depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, **contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretende tributar**"* (grifo nosso).

Todavia, há que se reconhecer a existência de contradição, na medida em que a Lei Estadual 12.498/2002 foi considerada inconstitucional, por não ser considerada válida, já que promulgada antes da LC 114/2002, enquanto que o Acórdão do STF aborda a validade das **cobranças** do imposto anteriores a edição da referida LC.

O STF não considerou inconstitucional as normas dos Estados do Paraná e do Rio Grande do Sul no julgamento do *RE 439796*. Considerou **inconstitucional a cobrança** do ICMS em razão da inexistência da LC 114/2002 quando da ocorrência dos fatos geradores discutidos naqueles processos.

Em que pese a abordagem prática indicando a necessidade de a Lei Estadual relativa ao ICMS na importação ter que ser posterior à EC 33/2001 e à LC 114/2002, da leitura atenta do Acórdão do Supremo verifica-se que essa condição temporal refere-se à condição para a cobrança do imposto, bem como para a vigência da norma, não para a existência da Lei, pura e simplesmente.

Do Acórdão do STF é possível extrair alguns termos. Vejamos:

> "o certo é que o próprio texto constitucional faz referência à necessidade de lei complementar para disciplinar a **cobrança** do referido tributo (arts. 146 e 155, §2º, inciso XII, alínea i), o que torna forçosa a conclusão de que não se cuida, nestes autos, de proceder-se a uma interpretação das normas infraconstitucionais e, sim, de avaliar se a LC 87/96 é compatível com a ampliação da hipótese de incidência do ICMS na importação veiculada na EC 33/01, que deu nova redação ao art. 155, §2º, inciso IX, alínea a da Constituição Federal, e se há a necessária legislação regional integradora, de modo a viabilizar a **cobrança** do imposto nas

operações de importação de bens efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas não comerciantes."

"Nessa conformidade, a partir de então (LC 114/02), plenamente possível se mostraria, em tese, a **cobrança** do tributo em tela e, para tanto, era mister que fosse devidamente regulamentada sua incidência no âmbito de cada unidade da federação, mediante a edição da lei regional para tanto.
Vê-se, no entanto, que, nas hipóteses retratadas em ambos os processos ora em análise, **as operações de importação foram efetuadas em data anterior à alteração da LC nº 87/96 pela referida lei complementar**, fato a tornar insubsistentes as exações levadas a cabo pelos respectivos estados."

"**Para que a constituição do crédito tributário seja válida**, a incidência deve ocorrer na presença concomitante dessas três condicionantes: existência de competência, exercício dessa competência pela União, resultante em norma geral em matéria tributária e exercício de competência por cada um dos estados-membros e pelo Distrito Federal, resultante na regra-matriz de incidência tributária."
(grifo nosso)

Dos arestos retirados do voto vencedor, percebe-se que na situação concreta a cobrança do ICMS foi considerada indevida em razão de a Lei daqueles estados existir e **viger** antes da edição da LC 114/2002.

Trata-se da averiguação de fatos geradores que ocorreram antes da edição da LC 114/2002 e que foram regulados por leis também já vigentes antes da edição da referida lei complementar.

Assim, a invalidade da cobrança do tributo não pode ser confundida com a invalidade da norma. Como bem ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa na redação final de seu voto, a **cobrança** do tributo.

Conforme afirmado acima, a cobrança do ICMS nos casos paradigma enfrentados pelo STF foi considerada inválida em razão da ausência do exercício da competência pela União.

Não é o que ocorre no Estado de Santa Catarina. *A Lei Estadual 12.498/2002 prevê a entrada em vigor na data de sua publicação, que ocorreu somente em 17/12/2002*, razão pela qual não há incidência do ICMS na importação por contribuinte não habitual em data anterior à edição da LC 114/2002, que foi publicada e entrou em vigor também no dia 17/12/2002.

A validade da Lei Estadual 12.498/2002 poderia ser averiguada sob a ótica da ocorrência de vício formal ou vício material, não sob análise temporal de sua existência.

Por todo o exposto, salvo melhor juízo, a declaração de inconstitucionalidade da Lei 12.498/2002 deve ser afastada, tendo-se em vista que a referida norma é válida, cumprindo os requisitos formais e materiais para sua elaboração, bem como válida a cobrança do ICMS na importação pelos casos regulados pela Lei Estadual, pois exigidos somente após a edição da EC 33/2001 e da LC 114/2002, conforme exigido pela decisão do STF.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Da **CONTRADIÇÃO**: Os requisitos objetivos para *análise de inconstitucionalidade* foram expostos por J. J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 985) nos seguintes termos: *"A questão suscitada perante o juiz da causa... tem de ser uma questão de inconstitucionalidade, isto é, tem de colocar-se o problema da conformidade ou desconformidade de uma norma com a Constituição. ..."* (sublinhado nosso).

Ou seja, em se tratando de *controle judicial de inconstitucionalidade* esta há de transparecer de modo *imediato* e do *confronto direto* que se faça *entre o ato estatal impugnado e o texto da própria Constituição* da República.

Entretanto, a Lei Estadual nº 12.498/02 está em consonância com o Carta constitucional e com o novo regramento estipulado pela EC nº 33/2001 e, portanto, não está em contradição com a Lei Complementar Federal nº 114/2002, posto que inexistente *inconstitucionalidade formal* (hipótese sequer aventada diante da *observância do processo legislativo* constitucionalmente previsto) ou *material* (posto que a discussão centrou-se na *validade da norma no tempo* e não quanto ao *conteúdo da matéria regulada* pelo dispositivo); ou seja, *inexistindo formal e materialmente inconstitucionalidade* expressa e declarada no acórdão, este não pode persistir.

Da **CONTRADIÇÃO**: se fosse possível aceitar a tese do acórdão recorrido (só fazemos *ad argumentandum tantum*) que decidiu *'... acolher a arguição e declarar inconstitucional a Lei Estadual n. 12.498/2002, pois promulgada antes da Lei Complementar n. 114/2002.'* (sublinhado nosso), eis que *'Como a promulgação é o que dá existência à norma, deve ser esse o marco para aferir se a legislação é inconstitucional ou não, pois, em regra, a lei que nasce inválida não pode gerar efeitos.'* (sublinhado nosso), ou seja, é inconstitucional a lei estadual porque promulgada antes da lei complementar federal.

Havia vazio normativo federal autorizativo.

A Constituição definiu o exercício da competência tributária:

> "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **TRIBUTÁRIO. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS**. ... 5. Não há a alegada inconstitucionalidade da Constituição estadual, porquanto **a competência para legislar sobre direito tributário é concorrente**, cabendo à União estabelecer normas gerais, aos Estados-membros e o Distrito Federal suplementar as lacunas da lei federal sobre normas gerais, afim de afeiçoá-las às particularidades locais, por isso que inexistindo lei federal de normas gerais, acerca das matérias enunciadas no citado artigo constitucional, os Estados podem exercer a competência legislativa plena **(§ 3º, do art. 24 da CRFB/88)**. ... 7. É que a Suprema Corte, ao apreciar situação análoga, assentou que, **enquanto não promulgada a lei complementar** a que se refere o art. 146, III, "c", da CRFB/88, **não se pode pretender que, com base na legislação local, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da Carta Magna)**, dê às cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado, verbis: "Inexiste, no caso, ofensa ao artigo 146, III, 'c', da Constituição, porquanto esse dispositivo constitucional não concedeu às cooperativas imunidade tributária, razão por que, enquanto não for promulgada a lei complementar a que ele alude, não se pode pretender que, com base na legislação local mencionada no aresto recorrido, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da Carta Magna), dar às Cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado."(**RE**

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

141.800, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 30.10.97). ..." (**ADI 429**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014) (negrito e sublinhado nosso)

Nos termos do disposto no ***art. 24, I, da CF/88***, detém competência para legislar sobre *direito tributário*, *concorrentemente*, a União estabelecendo *normas gerais*, os Estados-membros e o Distrito Federal *suplementando* as lacunas da lei federal de normas gerais a fim de afeiçoá-la às particularidades locais e, inexistindo lei federal sobre normas gerais acerca das matérias enunciadas no citado artigo constitucional, os *Estados exercerão a competência legislativa plena* (§ 3º, do art. 24).

Daí fazer-se necessário perfilhar que a Lei Estadual nº 12.498/02 foi editada por '*inexistência*' (termo do acórdão) de Lei Complementar Federal (no caso a de nº 114/2002), sendo absolutamente necessário reconhecer a *competência suplementar* prevista no ***art. 24, §3º da CF/88*** que pressupõe *ausência de lei federal sobre normas gerais*, no caso, de tributação do ICMS na importação. Ou seja, § 3º do art. 24 determina que, *inexistindo* lei federal, os Estados exercerão *competência legislativa plena*.

Assim, a Lei Estadual nº 12.498/02 *é válida*, no período que medeia as *promulgações* (da Lei Estadual e a da Lei Complementar nacional) aplicando-se o ***art. 24, §4º da CF/88*** que '... *suspende a eficácia da norma estadual, no que lhe for contrário.*'; entretanto, como *não há contrariedade* alguma entre a Lei estadual e a Lei complementar nacional, a *validade* deve ser mantida como todos os efeitos normativos que autorizam a exigência do ICMS-importação.

Da **CONTRADIÇÃO**: para esta Corte é com '... *a promulgação é o que dá existência à norma, deve ser esse o marco para aferir se a legislação é inconstitucional ou não, pois, em regra, a lei que nasce inválida não pode gerar efeitos.*' (sublinhado nosso), quando é a *PUBLICAÇÃO* o elemento essencial à eficácia normativa, exatamente por força dos *arts. 37, caput* e *84, inc. IV da CF/88* que destacam o princípio da PUBLICIDADE, aplicável aos atos normativos, posto que estamos em um *Estado* Democrático *de Direito*.

Há indevida confusão ente a *fase de promulgação* da lei com a *etapa de publicação* da lei, numa equivocada relação entre aquela com a vigência da lei.

A PROMULGAÇÃO é um atestado de nascimento da lei, de que houve a aprovação e sanção de um texto normativo, potencialmente obrigatório. Porém, tal ato não põe a legislação em vigor. A vigência só ocorre com sua publicação no diário oficial, ressalvadas eventuais vacâncias (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 967).

A PUBLICAÇÃO da lei é um instrumento pelo qual se transmite do diploma aos seus destinatários. É condição para a entrada da lei em vigor (STRECK, Lenio e OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Comentário ao art. 68. In: CANOTILHO., J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.;____ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1160.).

A VIGÊNCIA, por sua vez, é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória num determinado local e espaço de tempo, ou seja, exigível sob certas condições (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 52).

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

O Min. LUIZ FUX (in **RE 706103 RG**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 27/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 06-12-2012 PUBLIC 07-12-2012) destaca:

> *"De acordo com o **sistema constitucional brasileiro**, quando há veto parcial, a parte da **lei** que não foi vetada, mas sancionada e promulgada, **deve ser publicada para**, conforme o caso, **entrar em vigor na data da publicação ou em outra data fixada em seu texto**, ou ainda se ele é omisso a respeito, depois de decorrido o período de vacatio (...) No tocante, porém à parte vetada, o projeto não se transformou em lei, e se o veto for rejeitado, é necessário, para que se conclua o processo legislativo quanto a essa parte, que seja ela promulgada **e publicada, para que se transforme em lei e possa ser eficaz**. (...) a parte vetada, que em razão dessa rejeição, ao ser promulgada e publicada, se integra na mesma lei que decorreu da parte não vetada do mesmo projeto, passando a participar dele com o um todo único, sem efeito, porém, retroativo."* (p. 7 de 17) (negrito e sublinhado nosso);

Daí ser antiga a lição no **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, *mutatis mutandis*:

> *VETO PARCIAL. REJEITADO, A PARTE VETADA E PROMULGADA, ENTRANDO EM VIGOR A PARTIR DA SUA PUBLICAÇÃO, E NÃO DO MOMENTO DA VIGENCIA DA PARTE NÃO ALCANCADA PELO VETO. **A OBRIGATORIEDADE NASCE COM A PUBLICAÇÃO** (ART. 1 DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL). RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.* (**RE 68316**, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, Primeira Turma, julgado em 27/04/1971, DJ 14-06-1971 PP-05151 EMENT VOL-00839-01 PP-00200) (negrito e sublinhado nosso).

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. LEI 8.383, PUBLICADA EM 31 DEZEMBRO DE 1991. INSTITUIÇÃO DE INDEXADOR PARA CORREÇÃO DOS TRIBUTOS: UFIR. INCIDÊNCIA SOBRE O ANO-BASE DE 1991. ALEGAÇÃO DE VULNERAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE DA LEI. INEXISTÊNCIA. 1. **A validade da lei ocorre a partir de sua publicação, se outro momento nela não foi fixado**. Consumado o fato gerador da contribuição social e do imposto de renda, encerrado o ano-base para a apuração do lucro, vigia a Lei 8.383/91, que não criou, alterou ou majorou tributos. A lei nova, vigente no exercício em que se completou o fato gerador, apenas impôs a atualização do valor da obrigação tributária, por um novo indexador. 2. A lei nova não traduz majoração de tributos ou modificação de base de cálculo, quando, por força do princípio da anterioridade da lei tributária, seria inaplicável aos fatos geradores já consumados quando de sua publicação. Alegação improcedente. 3. Agravo regimental não provido. (**RE 203486 AgR**, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 01/10/1996, DJ 19-12-1996 PP-51783 EMENT VOL-01855-12 PP-02415) (negrito e sublinhado nosso).

> EMENTA: Agravo regimental. - Não tem razão a agravante quanto à **data da entrada em vigor da Lei em causa, porquanto ela ocorre com sua publicação**, e esta se deu à noite do dia 31 de dezembro de 1991 quando o Diário Oficial foi posto à disposição do público, ainda que a remessa dos seus exemplares aos assinantes só se tenha efetivado no dia 02 de janeiro de 1992, pois publicação não se confunde com distribuição para assinantes. Assim, os princípios da anterioridade e da irretroatividade foram observados. – As questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário quanto à TR não foram prequestionadas. Agravo a que se nega provimento. (**AI 282522 AgR**, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 31-08-2001 PP-00038 EMENT VOL-02041-05 PP-01096) (negrito e sublinhado nosso).

> EMENTA: Imposto de renda. Lei 8.383/91. Validade. **Orientação do STF no sentido de que a validade de lei ocorre a partir de sua publicação**. Súmula 286. Regimental não provido. (**AI 401057 AgR**, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

17/12/2002, DJ 21-03-2003 PP-00054 EMENT VOL-02103-08 PP-01713) (negrito e sublinhado nosso).

Ainda, envolvendo o ESTADO CATARINENSE:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. **LEI** N. 8512/91, **DO ESTADO DE SANTA CATARINA**. **VIGÊNCIA. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO**. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (**RE 595818 AgR**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe-055 DIVULG 23-03-2011 PUBLIC 24-03-2011 EMENT VOL-02488-01 PP-00250) (negrito e sublinhado nosso)

Os precedentes invocados são:

> **RE 356487 AgR**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-03 PP-00462
>
> **AI 282522 AgR**, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 31-08-2001 PP-00038 EMENT VOL-02041-05 PP-01096

Ou seja: *"Neste sentido, não se pode considerar como ausente o pressuposto de validade para as disposições contidas na lei estadual, pois publicada conjuntamente à lei complementar federal, destacando-se que é a data da publicação o parâmetro de medida da anterioridade de leis."* (**TJSC AI n. 2015.041570-2**, Des. LUIZ ZANELATO, despacho publicado no *DJSC Eletrônico n ° 2157, de 21.07.2015, p. 388*) (sublinhado nosso).

Em outros termos, quando a norma estadual entrou em vigor já existia norma federal que regulamentava a base de cálculo do ICMS Importação relativo previsto no art. 155, §2º, IX, a, da CF/88.

Ou seja, é da *publicação* que advém os efeitos normativos esperados, nunca da *promulgação*.

Portanto, em momento algum a lei catarinense invadiu ou usurpou competência de lei complementar federal.

Da **CONTRADIÇÃO**: no que diz respeito ao *RE n. 439.796/PR*, a corte observou que a incidência de ICMS sobre bens importados depende de três premissas: 1) a existência de competência para instituir o tributo (prevista no art. 155, §2º, IX, a, da Constituição Federal); 2) o exercício da competência, por meio da edição e vigência pela União, de lei geral complementar (LC n. 114, publicada em 17.12.2012); 3) o exercício da competência legislativa pelos Estados e Distrito Federal.

A hipótese dos autos deixa evidente a satisfação dos três requisitos, o que foi desconsiderado pelo acórdão.

2.2.2) Da **OMISSÃO**:

Da OMISSÃO: O *tema 171* tratado no ***RE n. 439.796/PR*** trata do ***"ICMS - importação por não-contribuinte"*** tanto que a ementa destaca:

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

*'CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. **ICMS**. **IMPORTAÇÃO**. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. **"NÃO CONTRIBUINTE"**. VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2002. POSSIBILIDADE. REQUISITO DE VALIDADE. FLUXO DE POSITIVAÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO. ...'.* (negrito e sublinhado nosso).

Já o acórdão: *'O Órgão Especial decidiu, por unanimidade, acolher a arguição e declarar inconstitucional a Lei Estadual n. 12.498/2002. ...'* (sublinhado nosso).

Com efeito, os arts. 2º., 4º., 8º. e 10 da ***Lei estatual n. 10.297/96*** (que 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.) foram alterados pela ***Lei Estadual nº 12.498/02*** a qual tem a seguinte redação:

Altera a Lei nº 10.297, de 1996, que dispõe sobre o ICMS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA,

Faço saber a todos os habitantes deste Estado que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 10.297, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

I - o inciso I do parágrafo único do art. 2º passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art 2º .....
Parágrafo Único.....
I - sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a finalidade;"

II - o inciso IX do art. 4º passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art.4º.....
IX - do desembaraço aduaneiro dos bens ou mercadorias importados do exterior."

III - o parágrafo único do art. 8º e seus incisos I e III passam a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 8º .....
Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:"
"I - importe bens ou mercadorias do exterior qualquer que seja a sua finalidade;"
.....
III - adquira em licitação bens ou mercadorias apreendidos ou abandonados;" e

IV - o inciso V do art. 10 fica acrescido da seguinte alínea:
"Art. 10.....
V - .....
f) o montante do próprio imposto."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

(sublinhado nosso - negrito nosso)

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Ou seja, somente os *inc. I do art. 2º.* **e** o *parágrafo único do art. 8º.* da *Lei estatual n. 10.297/96* tratam (com a redação dada pela *Lei Estadual nº 12.498/02*) do *"ICMS - importação por não-contribuinte"*, que é o objeto do *RE n. 439.796/P*, e não os alterados arts. 4º. e 10.

Isto posto, a ação não pode declarar a inconstitucionalidade da TOTALIDADE da *Lei Estadual nº 12.498/02*, mas exclusivamente de PARTE dos dispositivos (*inc. I do art. 2º* **e** *parágrafo único do art. 8º.*; isto é, dos incs. I e III do art. 1º. da Lei Estadual nº 12.498/02), exatamente aqueles que tem pertinência com o paradigma da repercussão geral, devendo ser mantido os demais (arts. 4º. e 10; isto é, dos incs. II e IV do art. 1º. da Lei Estadual nº 12.498/02).

Da OMISSÃO: O reconhecimento da arguição de inconstitucionalidade importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo e obriga esta Corte reconhecer expressamente a *repristinação* dos dispositivos originariamente excluídos da ordem jurídica (tanto que não foram objeto da arguição), consequência importante que foi omitida no acórdão recorrido.

Da OMISSÃO: O reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de norma tributária, de *relevante interesse social*, vigente desde 2002, comprometem a *segurança jurídica* das relações ocorridas durante o lapso temporal que a norma vigorou e a própria *ordem administrativa*, autorizando que a esta Corte *limite* a declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*, preservando as situações concretizadas sob a égide da lei inconstitucional, conforme dicção do *artigo 27 da Lei federal 9.868/99*, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, circunstância não promovida no acórdão recorrido;

Isto porque desde a publicação da Lei Estadual nº 12.498/02 até o julgamento da arguição de inconstitucionalidade **R$ 5.026.056.599,66** (cinco BILHÕES e vinte e seis milhões e cinquenta e seis mil e quinhentos e noventa e nove reais e sessenta e seis centavos) ingressaram legitimamente nos cofres catarinenses, sujeitos a (i) ações de repetição de indébito; (iii) ações rescisórias; (iv) revisão de tratamentos tributários diferenciados – TTD's na esfera administrativa, etc.

Em anexo certidão e anexo único expedida pelos titulares da GERAR/DIAT/SEF/SC, datada de 28/07/20015.

Da OMISSÃO: O reconhecimento incidental de inconstitucionalidade obriga a comunicar o resultado à autoridade (Chefe do Poder Executivo) e à Assembleia Legislativa (art. 39, inc. XIII da Constituição Estadual), circunstância não promovida no acórdão recorrido;

Assim, pontos tão relevantes comprometem a conclusão do julgado.

Excelência: entedimento diverso configurará ofensa aos *arts. 101 a 104 doCTN* ('vigência da legislação tributária') e ao *Decreto-Lei n. 4.657/42* (Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro - LICCB) e a *artigo 8º da Lei Complementar federal nº 95/1998* que enfatizam a PUBLICAÇÃO da legislação e *arts. 37, caput* (publicidade) *e 84, inc. IV* ('... fazer publicar as leis. ...'), *150, inc. III, alíneas "a", "b" e "c"* (vigência: publicação) todos *da CF/88* que destacam o

ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Princípio da PUBLICIDADE; além de violar ao *art. 24, inc. I e §§ 3º, e 4º* que dispõe sobre a competência legislativa CONCORRENTE.

Resta evidente que não caracteriza litigância de má-fé a oposição de embargos de declaração com o propósito, também, de *prequestionar* matéria para eventual propositura de *Recurso Especial ou Extraordinário*, nos termos da ***Súmula 98 do STJ***. Destaque-se, ainda, que o manejo deste instrumento processual busca *contribuir para o exercício do devido processo legal* e para *completar e aprimorar o julgado*.

3) Do pedido:

ISTO POSTO, requer se digne Vossa Excelência a acolher *in totum* o presente ***embargo de declaração***, para que seja sanado o *ERRO MATERIAL* e a *OMISSÃO e a CONTRADIÇÃO* indicadas, sob pena de malferimento ao *art. 535 do CPC* e *art. 5º, LV da CF/88*, e ciente que a orientação do STF no sentido de que *a validade de lei ocorre a partir de sua publicação* e levando em conta que a importação do veículo automotor ocorreu após o advento da referida emenda, é válida a cobrança do ICMS; e a *declaração de inconstitucionalidade da Lei 12.498/2002 deve ser afastada*, tendo-se em vista que a referida norma é válida, cumprindo os requisitos formais e materiais para sua elaboração, bem como válida a cobrança do ICMS na importação pelos casos regulados pela Lei Estadual, pois exigidos somente após a edição da EC 33/2001 e da LC 114/2002, conforme exigido pela decisão do STF.

Nestes termos,
Pede Deferimento
Florianópolis, em 30 de julho de 2015.

Rogério De Luca
Procurador do Estado

Luiz Dagoberto Corrêa Brião
Procurador do Estado

Terceira seção

Estatísticas

Informações Estatísticas da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina 2022-2023

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.

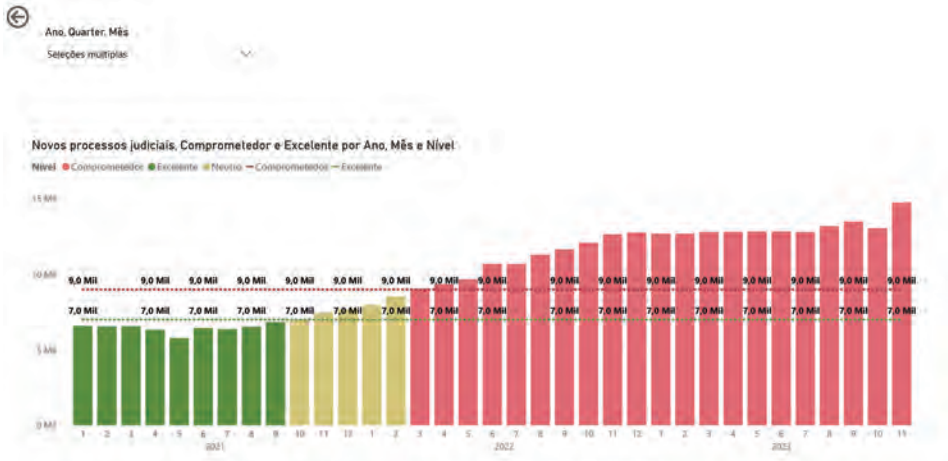
O indicador **Litigiosidade na Saúde** mede o número de novas ações judiciais postulando medicamentos, insumos e tratamentos de saúde que foram ajuizadas nos últimos 12 meses. Por meio dele, é possível acompanhar o impacto de medidas visando à redução dessa espécie de litigiosidade, a qual é influenciada por fatores socioeconômicos, mas também pela capacidade de atendimento e de resposta do Sistema Único de Saúde (SUS).

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 2021.

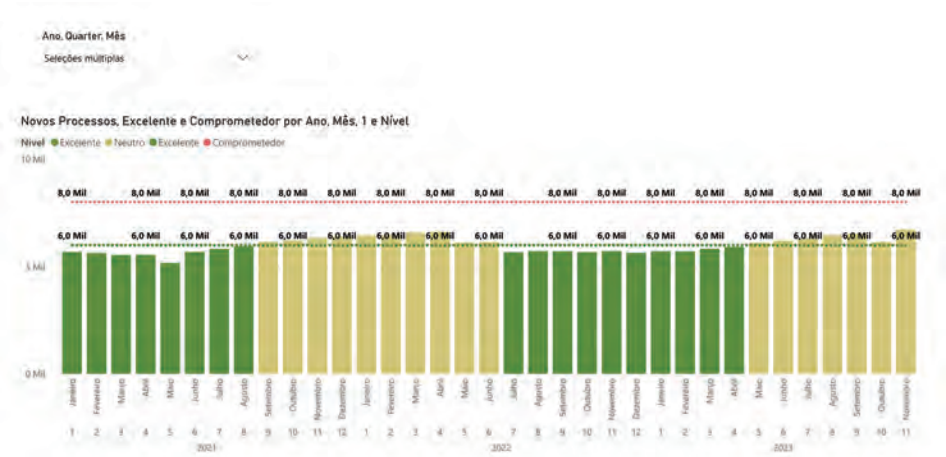
Indicador de Litigiosidade Administrativa



Esse indicador é medido pela quantidade de novos processos judiciais envolvendo servidores públicos e contratos administrativos nos últimos 12 meses.

- Nível de Excelência – abaixo de 7.000 novos processos.
- Nível de Mercado – entre 7.000 e 9.000 novos processos.
- Nível Comprometedor – acima de 9.000 novos processos.

Indicador de Litigiosidade na Saúde



Esse indicador é medido pela quantidade de novos processos judiciais envolvendo litígios na área da saúde nos últimos 12 meses

- Nível de Excelência – abaixo de 6.000 novos processos.
- Nível de Mercado – entre 6.000 e 8.000 novos processos.
- Nível Comprometedor – acima de 8.000 novos processos.

Indicador de Arrecadação da Dívida Ativa

Esse 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 Administrativa

2022	Valor do Indicador	2023	Valor do Indicador
Janeiro	7.948	Janeiro	12.662
Fevereiro	8.552	Fevereiro	12.658
Março	9.043	Março	12.782
Abril	9.359	Abril	12.790
Maio	9.670	Maio	12.820
Junho	10.700	Junho	12.819
Julho	10.685	Julho	12.779
Agosto	11.309	Agosto	13.161
Setembro	11.668	Setembro	13.465
Outubro	12.100	Outubro	13.032
Novembro	12.628	Novembro	14.720
Dezembro	12.744		

Indicador de Litigiosidade na Saúde

2022	Valor do indicador	2023	Valor do Indicador
Janeiro	6.429	Janeiro	5.721
Fevereiro	6.448	Fevereiro	5.714
Março	6.563	Março	5.848
Abril	6.602	Abril	5.931
Maio	6.096	Maio	6.091
Junho	6.109	Junho	6.183
Julho	5.672	Julho	6.299
Agosto	5.732	Agosto	6.448
Setembro	5.725	Setembro	6.519
Outubro	5.681	Outubro	6.121
Novembro	5.737	Novembro	6.695
Dezembro	5.644		

Indicador de Arrecadação da Dívida Ativa

2022	Valor do indicador (R$)	2023	Valor do indicador (R$)
Janeiro	605.070.000,00	**Janeiro**	516.800.000,00
Fevereiro	662.130.000,00	**Fevereiro**	466.640.000,00
Março	665.530.000,00	**Março**	469.790.000,00
Abril	669.010.000,00	**Abril**	472.610.000,00
Maio	674.070.000,00	**Maio**	480.410.000,00
Junho	681.090.000,00	**Junho**	478.560.000,00
Julho	671.340.000,00	**Julho**	481.510.000,00
Agosto	488.630.000,00	**Agosto**	483.700.000,00
Setembro	493.740.000,00	**Setembro**	484.360.000,00
Outubro	542.130.000,00	**Outubro**	487.280.000,00
Novembro	534.940.000,00	**Novembro**	448.430.000,00
Dezembro	522.440.000,00		

PGE-SC
Procuradoria-Geral do Estado

GOVERNO DE
SANTA
CATARINA