Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980-551X

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
STRICTO SENSU EM
DIREITO NEGOCIAL

ISSN 1980-511X

v. 20, n. 1, abr. 2025

REITORA
Prof. Drª. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR
Prof. Dr. Airton José Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
Pró-Reitora: Profª. Drª. Silvia Márcia Ferreira Meletti
Diretora de Pós-Graduação: Profª Mariana Aparecida Bologna Soares de Andrade
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Prof. Me. Miguel Belinati Piccirillo
Vice-Diretor: Prof. Dr. Carlos Eduardo Caldarelli
Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me. Claudio César Machado Moreno
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Dra. Ana Cláudia Duarte

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO NEGOCIAL
Coordenador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior
Vice-Coordenadora: Profa. Dra. Patricia Ayub da Costa Ligmanovski

Catalogação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997)
Londrina : Ed. da UEL, 1997; .v.3 : 29 cm

Quadrimestral.
Descrição baseada em: v. 20, n. 1, abr (2025)
ISSN 1980-511X (online)
1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU-342

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).

Revista do DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980-551X

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
STRICTO SENSU EM
DIREITO NEGOCIAL

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO NEGOCIAL
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

EDITOR-ADJUNTO

José Ricardo Suter
Patrícia Ayub da Costa

Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

EDITORES DE SEÇÃO

Ana Lúcia Maso Borba Navolar
Flávio Henrique Caetano de Paula Maimone
Franciele Barbosa Santos
Guilherme Henrique Giacomino Ferreira
Isabela Nabas Schiavon
Lucas Mendonça Trevisan
Maria Eduarda Gobbo Andrades
Thaise Rocha Ferreira

Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

ASSESSORES TÉCNICOS

Bruna Faria (Tradução)
Eduardo Bueno Rodrigues (Projeto Gráfico e Diagramação)
Elaine Cristina de Souza Silva Arvelino (Suporte editorial)
Natali Silvana Zwaretch (Bibliotecária)

Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

CONSELHO CONSULTIVO

Adriana Campos – Universidade Federal de Minas Gerais
Adriano da Silva Ribeiro – Universidade Federal Fluminense
Alaerte Antonio Martelli Contini – Universidade Federal da Grande Dourados
Alberto Paulo Neto – Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Alessandra Cristina Furlan – Universidade Estadual do Norte do Paraná
Alexis Couto de Brito – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Ana Claudia Pompeu Andreucci – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Ana Paula de Fátima Coelho – Universidade do Estado de Minas Gerais
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Anderson Vichinkeski Teixeira – Universidade do Vale do Rio dos Sinos
André Felipe Soares de Arruda – Universidade Federal de Goiás
Angelo Ricardo Christoffoli – Universidade do Vale do Itajaí
Bruno César Lorencini – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Carla Marshall – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha – Universidade Federal do Rio de Janeiro
Carlos Augusto de Assis – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Carlos Henrique Ramos – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ
Carlos Mauricio Lociks de Araújo – Universidade de Brasília
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues – Universidade Estadual do Rio de Janeiro
Celso Hiroshi Iocohama – Universidade Paranaense
Clarice Beatriz da Costa Sohngen – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Claudia Aguiar Silva Britto – Universidade Federal Fluminense
Cláudio Machado Maia – Universidade Comunitária da Região de Chapecó
Cleber Sanfelici Otero – Unicesumar
Cristiano Gomes de Brito – Universidade Federal de Uberlândia
Cristina Godoy Bernardo de Oliveira – Universidade de São Paulo
Daniela Braga Paiano - Universidade Estadual de Londrina
Daiane Moura de Aguiar – Universidade Anhembi Morumbi
Diego Richard Ronconi – Universidade do Vale do Itajaí
Dirce Nazare de Andrade Ferreira – Universidade Federal do Espírito Santo
Edilton Meireles de Oliveira Santos – Universidade Federal da Bahia
Edna Raquel Hogemann – Universidade Estácio de Sá e Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Eloy Pereira Lemos Junior – Fundação Universidade de Itaúna
Fabiano Dolenc Del Masso – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Fábio Guedes de Paula Machado – Universidade Federal de Uberlândia
Fernanda Andrade Almeida – Universidade Federal Fluminense
Fernando Angelo Ribeiro Leal – Fundação Getúlio Vargas/RJ
Flávio Couto Bernardes – Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto – Universidade Federal de Pernambuco
Geziela Iensue – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
Gustavo Osna – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Hector Luiz Martins Figueira – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ, Centro Universitário de Valença
Henrique Viana Pereira – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Jamile Gonçalves Calissi – Universidade do Estado de Minas Gerais
João da Cruz Gonçalves Neto – Universidade Federal de Goiás
João Porto Silvério Junior – Universidade de rio Verde
Jorge Luis Mialhe – Universidade de São Paulo
José Carlos Francisco – Universidade Presbiteriana Mackenzie
José Eduardo Lourenço dos Santos – Centro Universitário Eurípedes de Marília
Juliana Marteli Fais Feriato – Universidade Estadual de Maringá
Karinne Emanoela Goettems dos Santos – Universidade Federal de Pelotas
Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro – Centro Universitário do Pará
Loreci Gottschalk Nolasco – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul
Lucas Galvão de Britto – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Luis Alberto Reichelt – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Luiz Alberto Blanchet – Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Luiza Landerdahl Christmann – Centro Universitário Católico de Santa Catarina
Marcelo Negri Soares – Universidade Federal do Rio de Janeiro
Marcelo Paulo Maggio – Fundação Escola Superior do Ministério Público/PR
Márcia Cristina Xavier de Souza – Universidade Gama Filho
Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Maurinice Evaristo Wenceslau – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
Monica Paraguassu Correia da Silva – Universidade Federal Fluminense
Nelson Finotti Silva – Centro Universitário Eurípedes de Marília
Osvaldo Ferreira de Carvalho – Universidade Estácio de Sá/GO
Raquel Von Hohendorff – Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Rene Erick Sampar – Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Roberto de Paula – Universidade Federal do Paraná
Rogerio Mollica – Universidade de Marília

Rogerio Montai de Lima – Universidade Federal de Rondônia
Ronaldo Lindimar José Marton – Universidade Católica de Brasília
Rubens Beçak – Universidade de São Paulo
Sérgio Urquhart de Cademartori – Universidade Federal de Santa Catarina
Thais Bernardes Maganhini – Universidade Federal de Rondônia
Thami Covatti Piaia – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai/RS
Tula Wesendonck – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sino

Pós-Gradução *stricto sensu* em Direito Negocial
Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA
Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil
Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br Home page: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index

SUMÁRIO | TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL 9

AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA METRÓPOLE À CIDADELA.....11

SELF-COMPOSITION IN PUBLIC ADMINISTRATION: FROM METROPOLIS TO CITADEL

Hipólito Domenech Lucena
Fabiana Marion Spengler

A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO NOS LITÍGIOS COLETIVOS POSSESSÓRIOS 25

THE MEDIATION HEARING IN COLLECTIVE POSSESSORY DISPUTES

Roberto de Paula

PROCESSOS ESTRUTURAIS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: ANÁLISE DE CONTEÚDO DE MEDIDAS CAUTELARES CONCEDIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TRÊS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 39

STRUCTURAL LITIGATION AND DEMOCRATIC LEGITIMACY: A CONTENT ANALYSIS OF INTERIM MEASURES BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN NON-COMPLIANCE WITH THREE FUNDAMENTAL PRECEPT CASES

Robert Augusto de Souza
Daniel Damasio Borges

O ENCOBRIMENTO DO SER NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 57

THE CONCEALMENT OF BEING IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

Carolyne Ribeiro Rodrigues de Almeida
Eric Santos Andrade
Cleyson de Morais Mello

A ESFERA PÚBLICA E O DEBATE POLÍTICO NO ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS 70

THE PUBLIC SPHERE AND POLITICAL DEBATE WITHIN SOCIAL NETWORKS

Maiara Motta
Ana Cristina Alves de Paula
Regina Claudia Laisner

ANÁLISE DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE TRABALHADORES DE APLICATIVOS E AS EMPRESAS, À LUZ DOS PARADIGMAS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....86

ANALYSIS OF THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN APP-BASED WORKERS AND COMPANIES IN LIGHT OF THE PARADIGMS OF JURIDICAL BUSINESS TRANSACTIONS

Nathália Douradinho Lopes
Fujie Kawasaki
Elve Miguel Cenci

DECISÃO POR CONSENSO COMO MÉTODO ADEQUADO PARA IMPLANTAÇÃO DO PISO NACIONAL DA ENFERMAGEM 97

CONSENSUS BUILDING AS AN APPROPRIATE METHOD FOR IMPLEMENTING THE NATIONAL NURSING WAGE

Deborah Alessandra de Oliveira Damas
Márcia Walquiria Santos

CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL NAS CONSTITUIÇÕES DA ÁMERICA DO SUL A PARTIR DA PERSPECTIVA JUSCOMPARATIVA: RUMO AO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL SUL-AMERICANO 116

OPENING CONSTITUTIONAL CLAUSE IN THE CONSTITUTIONS OF SOUTH AMERICAN COUNTRIES FROM THE JUSCOMPARATIVE POINT OF VIEW: TOWARDS SOUTH AMERICAN MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM

Geziela Iensue
Guilherme Augusto Faria Valente

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O PRINCÍPIO PRO HOMINE COMO ELO NO SISTEMA MULTINÍVEL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 134

CONVENTIONALITY CONTROL: THE PRO HOMINE PRINCIPLE AS A LINK IN THE MULTI-LEVEL SYSTEM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Francisca Flúvia Mourão da Costa
Lucas Machado Fagundes

O ATIVISMO JUDICIAL DO STJ EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO RECURSO ESPECIAL DE Nº 1.340.553-RS 149

THE STJ'S JUDICIAL ACTIVITY IN TAX MATTERS IN SPECIAL APPEAL Nº 1.340.553-RS

Diego Francivan dos Santos Chaar
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

A CONTRIBUÇÃO AO FUNDEINFRA – UMA NOVA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA? 164

THE CONTRIBUTION TO FUNDEINFRA – A NEW KIND OF TAX?

Leonardo Scopel Macchione de Paula
Fábio Pallaretti Calcini

A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NATURAL E URBANO: O DESRESPEITO DA DIGNIDADE HUMANA DOS DESLOCADOS URBANOS DO VALE DO ARICANDUVA 182

THE DEGRADATION OF ENVIRONMENT NATURAL AND URBAN: THE DISRESPECT OF HUMAN DIGNITY OF URBAN DISPLACED PEOPLE OF ARICANDUVA VALLEY

Luis Delcides Rodrigues da Silva
Catia Rejane Mainardi Liczbinski

O DESAFIO DE NORMALIZAÇÃO DAS CIDADES INTELIGENTES BRASILEIRAS 196

THE CHALLENGE OF REGULATING BRAZIL'S SMART CITIES

Gabriela Giaqueto Gomes
Soraya Regina Gasparetto

MERCADO COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO 212

MARKET AS AN INSTRUMENT OF BRAZILIAN SOCIOECONOMIC DEVELOPMENT

Isis de Almeida
Jeferson Sousa Oliveira
Marcelo Benacchio

RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS: A QUESTÃO DA PANDEMIA DA COVID-19..... 224

ACCOUNTABILITY OF PUBLIC AGENTS IN EXCEPTIONAL SITUATIONS: THE COVID-19 PANDEMIC ISSUE

Caio Felipe Caminha de Albuquerque
Maria Marconiete Fernandes Pereira

RESENHAS

MULTIPARENTALIDADE: ESPAÇOS EM CONSTRUÇÃO 237

Isabela Nabas Schiavon
Matheus Vendrame Monti

CAPÍTULO V – DIREITO E ESTADO, DA OBRA "TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO" DE E. B. PACHUKANIS 239

Jussara Romero Sanches
Sophia Manera Ferreira

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.EDITORIAL_V20_N1

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

EDITORIAL

É com renovado entusiasmo que apresentamos aos leitores a primeira edição de 2025 (v. 20, n. 1) da Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Este volume reafirma o compromisso da revista com a difusão da pesquisa acadêmica de excelência, promovendo reflexões críticas e inovadoras acerca das múltiplas questões que permeiam o campo do Direito Público e dialogam com as transformações da sociedade.

São quinze artigos e duas resenhas que abordam temas atuais e instigantes. Em consonância com a missão da revista, os textos aqui publicados propõem reflexões teóricas e práticas que contribuem para o aprimoramento do pensamento jurídico e para o aprofundamento das discussões acadêmicas.

No artigo "**Autocomposição na administração pública: da metrópole à cidadela**" examina a aplicabilidade da Lei de Mediação aos pequenos municípios, discutindo as adaptações necessárias à sua efetividade. A mediação como método de solução de litígios coletivos é aprofundada em "**A audiência de mediação nos litígios coletivos possessórios**", com enfoque no tratamento processual adequado das ações possessórias à luz do Código de Processo Civil.

A atuação do Supremo Tribunal Federal em processos estruturais é examinada em "**Processos estruturais e legitimidade democrática: análise de conteúdo de medidas cautelares concedidas pelo STF**", investigando a interpretação da Corte acerca de seu papel constitucional no enfrentamento de demandas estruturais.

Já em "**O encobrimento do ser na administração pública**", propõe-se uma nova perspectiva ontológica heideggeriana para a atuação judicial da Administração Pública brasileira. Em "**A esfera pública e o debate político no âmbito das redes sociais**", discute-se, sob a perspectiva habermasiana, a possibilidade de considerar as redes sociais como arenas contemporâneas de exercício da cidadania e da democracia deliberativa.

A pesquisa "**Análise da relação jurídica entre trabalhadores de aplicativos e as empresas, à luz dos paradigmas dos negócios jurídicos**" discute os novos contornos da autonomia contratual e da proteção trabalhista na economia de plataformas digitais. No artigo "**Decisão por consenso como método adequado para implantação do piso nacional da enfermagem**", que propõe a utilização da decisão consensual como mecanismo de superação dos desafios para a implantação do novo piso salarial da categoria.

Na seara do Direito Internacional, o artigo "**Cláusula de abertura material nas constituições da América do Sul a partir da perspectiva juscomparativa**" investiga o *status* da proteção dos direitos humanos fundamentais nas constituições sul-americanas, propondo a construção de um constitucionalismo multinível na região. O artigo "**Controle de convencionalidade: o princípio pro homine como elo no sistema multinível de proteção dos direitos humanos**" aborda a hermenêutica integradora voltada à máxima efetividade dos direitos humanos no contexto do controle de convencionalidade.

No campo do Direito Tributário, o artigo "**O ativismo judicial do STJ em matéria tributária no Recurso Especial de nº 1.340.553-RS**" analisa a atuação do Superior Tribunal de Justiça à luz da teoria do ativismo judicial, especialmente no que concerne à prescrição intercorrente em execuções fiscais. No artigo "**A contribuição ao FUNDEINFRA: uma nova espécie tributária**", estuda-se a natureza jurídica da contribuição criada no Estado de Goiás e seus desdobramentos sobre o sistema tributário nacional.

A degradação socioambiental e o deslocamento de populações vulneráveis são objeto do estudo "**A degradação do meio ambiente natural e urbano: o desrespeito da dignidade humana dos deslocados urbanos do Vale do Aricanduva**", que propõe uma crítica ao modelo de urbanização e intervenção hídrica em grandes centros urbanos. Já "**O desafio de normatização das cidades inteligentes brasileiras**" discute os problemas e perspectivas para a regulação jurídica

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

das cidades inteligentes no Brasil, ressaltando a importância de políticas públicas adequadas à nova realidade urbana.

No texto "**Mercado como instrumento do desenvolvimento socioeconômico brasileiro**", reflete-se sobre o papel do mercado, regulado pelo Direito Econômico, como vetor de transformação social e promoção do bem-estar coletivo. O artigo "**Responsabilização de agentes públicos em situações excepcionais: a questão da pandemia da Covid-19**" analisa a responsabilização dos agentes públicos em contextos de calamidade pública e as diretrizes estabelecidas pela legislação.

Esta edição também apresenta duas resenhas de obras relevantes: "**Multiparentalidade: Espaços em Construção**", de Daniela Braga Paiano, que analisa os aspectos contemporâneos da multiparentalidade no âmbito jurídico, e "**Capítulo V – Direito e Estado da obra 'Teoria Geral do Direito e Marxismo' de E. B. Pachukanis**", que analisa a natureza do Direito como uma forma histórica de organização social a serviço da dominação burguesa.

Reiteramos nossos agradecimentos aos autores que contribuíram para esta edição, cuja excelência acadêmica enriquece o debate jurídico e reafirma o compromisso da Revista do Direito Público com a difusão do conhecimento científico. Convidamos nossos leitores a se aprofundarem nos temas aqui apresentados, certos de que as análises desenvolvidas estimularão novas reflexões críticas e promoverão o fortalecimento do Direito Público em seus múltiplos campos de incidência.

Boa leitura!

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Editor-chefe

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.41516

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA METRÓPOLE À CIDADELA

SELF-COMPOSITION IN PUBLIC ADMINISTRATION: FROM METROPOLIS TO CITADEL

Hipólito Domenech Lucena

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre .em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Pós-Graduado em Direito do Estado pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Integrante do grupo de pesquisa (CNPq) "Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos". E-mail: hipolitodlucena@gmail.com.

Fabiana Marion Spengler

Pós-doutora em Direito pela Universitá degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq02). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS. Docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC - RS. Líder do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos" certificado pelo CNPq. Coordenadora da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas – REDIHPP. E-mail: fabiana@unisc.br.

Como citar: LUCENA, Hipólito Domenech; SPENGLER, Fabiana Marion. Autocomposição na administração pública: da metrópole à cidadela. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 11-24, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.41516. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 01/09/2020
Aceito em: 03/12/2024

Resumo: O presente trabalho pretende analisar os dispositivos da Lei Municipal Paulista nº 17.324/2020, a partir de um estudo fulcrado na legislação correlata e sua aplicabilidade aos pequenos municípios. A pesquisa busca investigar a efetividade de uma legislação com nascedouro em uma cidade de grande porte, projetando sua implantação a cidades de pequeno porte. A partir desses parâmetros, primordial verificar o formato sob o qual se desenvolveria a implantação de uma Lei, que tivesse um formato idêntico ou semelhante à Lei Paulista, se pela simples transposição de postulados ou com as adaptações exigidas ao ambiente sobre o qual a norma deverá ter vigência. Não obstante, há que se considerar o fato de que na seara da Administração Pública, os mecanismos de controle e os princípios por ela adotados, possuem o escopo de proteção do Poder Público e, por isso, podem se constituir em obstáculos à eficácia do esculpido na novel legislação. O objetivo do presente trabalho é avaliar a eficácia da lei nº 13.140/2015, projetando a aplicação à pequenos municípios, deflagrando uma ideia de micro regionalização da Lei de Mediação. Para realizar a pesquisa utilizou-se o método dedutivo e dentre os procedimentos técnicos existentes, optou-se pela pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: autocomposição; administração pública; lei 17.324/2020; aplicabilidade; pequenos municípios.

Abstract: This article seeks to analyze the provisions of the "Paulista Municipal Law" nº 17.324/2020 considering all related legislation and its applicability in small counties. The research aims to investigate the effectiveness of a legislation originated in a big city and its implantation in small cities. Based on these parameters, it would be essential to verify the format that the implementation of a law - with identical or similar format of the "Paulista Law" - would be developed whether by a simple transposition of postulates or by the required adaptations from the environment where the rule may be effective. Nevertheless, this shall consider the fact that in the Public Administration the mechanisms of control and its principles have the scope to protect the Public Authority and, therefore, to constitute obstacles for effectiveness of the new legislation. The present work seeks to evaluate the effectiveness of law 13.140/2015 considering its application in small counties, triggering an idea of micro regionalization of the Mediation Law. To carry out the research, it was used the deductive method through existing technical procedures of bibliographic and documentary research.

Keywords: self-composition; public administration; law 17.324/2020; applicability; small counties.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país que possui dimensões continentais. Em decorrência disso, os Estados que o compõem possuem necessidades, na maioria das vezes, diametralmente opostas uns dos outros. A questão ganha uma complexidade ainda maior, ao se adentrar nas peculiaridades dos cinco mil quinhentos e setenta Municípios, componentes dos vinte e seis Estados da Federação. Em unidades federativas de um mesmo Estado, é possível verificar diferenças intrínsecas e extrínsecas, que poderiam levar a crer que as especificidades tratadas se referem a países distintos, pois cada município individualiza-se por conta de relevo, clima, deficiências, crescimento demográfico, trânsito, potencialidades, economia, arrecadação, circunscrição do perímetro urbano etc., que lhe são próprios. Dificilmente, todas essas características são consideradas para efeito do procedimento legislativo.

Essa ótica nem sempre é observada, quando da criação e implantação, por intermédio dos governos federal e estadual, de determinadas políticas públicas, pensadas sob um ponto de vista genérico, em que a instância responsável pela gênese, tem sua base física nas respectivas capitais.

Por incrível que possa parecer, essa atitude é razoável frente ao número elevado de condições a serem obedecidas, caso se tomasse em consideração as peculiaridades da totalidade dos municípios brasileiros. Provavelmente, a Lei que o fizesse seria criticada por estabelecer minúcias desnecessárias, que não teriam qualquer utilidade para a grande maioria das unidades federativas. O caminho seria o inverso do que se pretende tratar no presente trabalho.

Entretanto, existem alternativas para que Municípios de pequeno porte não restem alijados de um processo de renovação, permeado por uma aproximação do setor público de sua população. Uma maior flexibilização da norma seria o ideal, já que existem situações análogas, referentes à regras impostas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que permitem concessões, através de regulamentação local.

É nesse sentido, que se pretende analisar a Lei 17.324/2020, editada pelo Município de São Paulo, que institui a política de desjudicialização no âmbito da Administração Pública municipal direta e indireta. Um dos aspectos basilares da norma em questão, é a autocomposição, instituída pela Lei 13.140/2015, o que permite inferir sua relevância na atual conjuntura do poder público, mas que, infelizmente, ainda não tem sua prática disseminada a ponto de constituir-se em instrumento essencial ao atendimento da eficiência no setor público.

Outro ponto a ser destacado, diz respeito ao impacto da implantação do regramento paulista em pequenos municípios, tendo em vista a disparidade de estruturas, dotação orçamentária, disponibilidade de pessoal, etc. Sem falar das questões externas ao Poder Executivo local, à exemplo do funcionamento dos Correios e Telégrafos, que não raras vezes, nessas localidades, constituem-se na forma mais viável de contato com o cidadão. Dependendo do tamanho ou mesmo da existência de uma agência na área, dificilmente se disporá de um setor específico da Prefeitura para efetivar o chamamento do indivíduo para compor a relação.

Por essas razões, é que a transposição de normas de uma urbe para outra, pode relegá-la à sua total falta de eficácia, tendo em vista que as condições estabelecidas para a elaboração da norma, também têm em consideração os elementos internos e externos incidentes em determinado espaço e momento. Com supedâneo nesse viés e calcado na potencialização da eficiência na Administração Pública, é que se pretende analisar os efeitos da Lei Paulista, quando utilizada fora de seus limites.

Exposto o tema, cabe ressaltar que o problema de pesquisa a ser respondido por intermédio do texto é: “Os dispositivos elencados na lei 13.140/2015, estendem sua aplicabilidade aos pequenos municípios, ou sua efetividade tem como escopo a atuação apenas em grandes metrópoles - onde as questões físicas e estruturais necessárias à sua implantação, encontram-se presentes -?”. O objetivo do presente trabalho é avaliar a eficácia da lei n° 13.140/2015, no que tange ao seu âmbito

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

de aplicação, partindo de um estudo teórico das iniciativas existentes no estado de São Paulo e, a partir das conclusões obtidas, projetar a aplicação à pequenos municípios, deflagrando uma ideia de micro regionalização da Lei de Mediação. No que tange aos aspectos metodológicos, o método de pesquisa utilizado é o dedutivo, pois parte de uma premissa geral, para alcançar um conceito particular. Dentre os procedimentos técnicos existentes, optou-se pela pesquisa bibliográfica e documental. No primeiro caso, porque abrange a análise de livros, artigos, periódicos, tanto de direito administrativo, tributário e constitucional, quanto de autocomposição e mediação, caracterizando-se como uma pesquisa de cunho interdisciplinar. Por outro lado, a pesquisa documental, também transparece de forma inequívoca, tendo em vista a consulta a documentos emitidos pelo Estado Brasileiro. A hipótese aventada relaciona-se, imediatamente, com a evolução do arcabouço legislativo municipal, no que concerne à matéria proposta.

1 MUNICÍPIO DE SÃO PAULO: UM MODELO ESTRUTURAL PARA OS DEMAIS ENTES PÚBLICOS?

Ao que se pode constatar, o Estado de São Paulo exsurge na qualidade de vanguardista na área da autocomposição. A Lei Complementar Estadual n° 1.270, de 25 de agosto de 2015 criou, por intermédio do § 2º, item 1 alínea "a", do artigo 5º[1], a Assistência de Arbitragens da Procuradoria Geral do Estado, cuja regulamentação passou a ter vigência no ano de 2019, por força do decreto estadual 64.356, que confere responsabilidade pela atuação em todos os procedimentos arbitrais em que o Estado de São Paulo e suas autarquias sejam parte[2]. Não obstante, a LC 1.270/2015 disciplinou a concessão de competência para prestar assessoramento ao Poder Executivo na redação de cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais[3] e organizar o cadastramento de câmaras de arbitragem, o que foi efetivado por intermédio da resolução PGE 45/2019[4]. Com diretriz semelhante, a Prefeitura de São Paulo cria comitês híbridos de prevenção e solução de disputas, aptos a atuarem nos contratos administrativos de obra, na qualidade de órgãos revisores, adjudicativos ou ambos[5]. Em caráter revisional, o comitê emite recomendações não vinculantes às partes divergentes, contudo, quando em exercício de funções de adjudicação, é possibilitado a emissão de decisões contratualmente vinculante aos litigantes[6] (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019, p. 266-267).

Posteriormente, no raiar do ano em curso, é editada a Lei n° 17.324/2020[7] SP, trazendo em seu íntimo uma relação muito próxima com a norma responsável por marcar um passo gigantesco na mediação e autocomposição brasileiras, a Lei 13.140/2015[8]. É possível verificar entre ambas, várias convergências no que tange à viabilização de um acesso à justiça em formato mais célere, absorvendo, por intermédio dos preceitos advindos de uma política voltada para a solução pacífica de litígios, vários dos confrontos que, fatalmente, desaguariam no Poder Judiciário. Esse objetivo, é facilmente verificado na norma paulista, uma vez que se encontra encrustado em sua ementa, cujo texto prevê uma "[...] política de desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta" (São Paulo, 2020a). Entretanto, um ponto que merece destaque na recente legislação paulista, é o fato de que possui como uma de suas metas, "[...] aprimorar o gerenciamento do volume de demandas administrativas e judiciais", o

1 Artigo 5º - A Procuradoria Geral do Estado, cujas atribuições se exercem em três áreas de atuação - Consultoria Geral, Contencioso Geral e Contencioso Tributário-Fiscal - é integrada pelos seguintes órgãos: [...] § 2º - Os órgãos de Coordenação Setorial contarão com estrutura administrativa para execução de sua atividade fim e disporão das seguintes assistências e órgãos de execução: 1 - Subprocuradoria Geral do Contencioso Geral: a) Assistência de Defesa do Meio Ambiente, Assistência de Políticas Públicas, Assistência de Pessoal e Assistência de Arbitragens; [...] (São Paulo, 2015a).

2 A competência ora referenciada, deriva do seguinte dispositivo: Artigo 4º - A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública direta e suas autarquias (São Paulo, 2019a).

3 Artigo 3º - São atribuições da Procuradoria Geral do Estado, sem prejuízo de outras que lhe forem outorgadas por normas constitucionais e legais: [...] IV - prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador; [...] (São Paulo, 2015a).

4 É exatamente esse o conteúdo da ementa da resolução 45/2019: "Disciplina o cadastramento de câmaras arbitrais pelo Estado de São Paulo" (São Paulo, 2019b).

5 A criação dos comitês é proveniente da Lei 16.873, de 22 de fevereiro de 2018 (São Paulo, 2018).

6 A constituição de um comitê híbrido, tem por supedâneo o exercício de funções revisionais e de adjudicação, conforme determinação do artigo 2º, da Lei 16.783, a seguir declinado: "Art. 2º O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme os incisos deste artigo, a depender dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado"[...] (São Paulo, 2018).

7 A Lei 17.324/2020 "institui a política de desjudicialização no âmbito da administração pública direta e indireta" (São Paulo, 2020a).

8 A Lei 13.140/2015 "dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]" (Brasil, 2015).

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

que, por si só, faria jus ao que se almeja a todo e qualquer município brasileiro (São Paulo, 2020a).

Entretanto esse controle sobre os litígios administrativos e judiciais requer muito mais do que um sistema autocompositivo. Ao externar de forma expressa a ousada proposta de obter a ampliação da gestão de suas próprias contendas, primordial que a Administração Pública de São Paulo tenha em mente, que essa intenção não consiste somente em absorver suas lides. Preliminarmente, perfaz-se essencial obter uma visão genérica, não somente das cizânias existentes em âmbito administrativo, mas das distorções internas e daquilo que pode vir a tornar-se dívida ativa, e, consequentemente, objeto de análise pelo Judiciário. Nesse sentido, é preciso ter um olhar voltado para as anomalias legislativas, finanças públicas, para a peça orçamentária, sem olvidar o crédito tributário e seu lançamento. Como se vê, a dívida em si é somente o ato derradeiro sobre o qual recairá a análise da Administração, mas, surpreendentemente, não sofre uma análise regressiva dos motivos que a ensejaram, como se não houvesse nada a fazer senão executá-las. Em um parâmetro semelhante, a maioria das imperfeições legislativas só são detectadas no momento em que servidor ou terceiro postulam perante o Poder Judiciário. Ainda é exigível um arcabouço jurídico compatível com a norma em destaque, pois em um contexto que a primazia é voltada para técnicas, cuja principal meta é o acordo, há que se cercar do permissivo inerente à matéria, tendo por supedâneo que ao administrador público só é permitido fazer o que lhe permite a Lei, corolário do princípio constitucional da legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 88[9] (Harada, 2020, p. 96).

Nessa esteira, a Lei 17.324/2020 propõe a celebração de acordos no âmbito da administração pública, tendentes a solucionar as controvérsias por ventura existentes. Para tanto, estabelece uma série de critérios, todos com base na vantajosidade e viabilidade jurídica da solução da demanda, na esfera administrativa[10]. A normativa não foge a questões consideradas polêmicas pelo Direito Público e baliza a possibilidade de acordo, tanto no trato de direitos disponíveis, quanto indisponíveis, desde que esses últimos admitam transação[11]. Com extremo cuidado e diligência, preserva a isonomia de todos que se encontrem na mesma situação, concedendo o direito de solucionar pacificamente os conflitos com a administração[12], considerando a capacidade contributiva[13] e a qualidade da garantia[14]. Sob o mesmo escopo e no intuito de obter um controle sobre a maioria dos litígios sob sua jurisdição, limita o pagamento de débitos tributários ou não tributários, ao valor de R$ 510.000,00[15]. Ainda com o escopo de manter a idoneidade e a lisura dos procedimentos encartados pela nova Lei, delega a determinadas autoridades e dirigentes de entidades de direito público e privado a responsabilidade pela conferência dos acordos mencionados pela norma[16]. Não obstante, apesar da política de desjudicialização proposta pela lei paulista, possuir uma conjuntura teórica que se coaduna com os postulados da mediação, em apenas dois artigos[17], faz uma breve menção a possibilidade de efetivá-la em âmbito administrativo ou judicial, por esse motivo, não se pode afastar uma crítica contundente do que se pretende com a regra e do que foi estabelecido em seu texto, muito mais próximo

9 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (Brasil, 1988).

10 “Art. 3º A celebração de acordos para a solução consensual de controvérsias dependerá da prévia análise de sua vantajosidade e viabilidade jurídica em processo administrativo, observados os seguintes critérios:[...]” (São Paulo, 2020a).

11 “Art. 3º [...] I - o conflito deve versar sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação;[...]” (São Paulo, 2020a).

12 “Art. 3º [...] III - garantia da isonomia para qualquer interessado em situação similar que pretenda solucionar o conflito consensualmente;[...]” (São Paulo, 2020a).

13 “Art. 3º [...] V - capacidade contributiva;[...]” (São Paulo, 2020a).

14 “Art. 3º [...] VI - qualidade da garantia” (São Paulo, 2020a).

15 “Art. 4º Os acordos de que trata esta Lei poderão consistir no pagamento de débitos limitados até o valor de R$ 510.000,00 (quinhentos e dez mil reais) para as dívidas tributárias e não tributárias, em parcelas mensais e sucessivas, não se aplicando aos acordos firmados em Programas de Parcelamento Incentivado - PPI anteriores à publicação desta Lei, regidos por legislação própria” (São Paulo, 2020a).

16 “Art. 5º A autorização para a realização dos acordos previstos nesta Lei, inclusive os judiciais, será conferida: I - pelo Procurador Geral do Município, diretamente ou mediante delegação, quando a controvérsia envolver a Administração Direta, bem como as autarquias e fundações representadas judicialmente pela Procuradoria Geral do Município; II - pelo dirigente máximo das entidades de direito público, diretamente ou mediante delegação, quando a controvérsia envolver as autarquias e fundações não representadas judicialmente pela Procuradoria Geral do Município; III - pelo dirigente máximo das entidades de direito privado, diretamente ou mediante delegação, quando a controvérsia envolver as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias” (São Paulo, 2020a).

17 “Art. 6º A Administração Pública Municipal Direta e Indireta poderá prever cláusula de mediação nos contratos administrativos, convênios, parcerias, contratos de gestão e instrumentos congêneres. Art. 7º A Administração Pública Municipal Direta e Indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996” (São Paulo, 2020a).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

de um alinhamento com o Código Tributário Nacional[18] do que com a Lei de autocomposição. Esse fator é facilmente perceptível, uma vez que a Lei 17.324/2020 trata, por intermédio de duas extensas seções, apenas a respeito da transação[19]. Entretanto, à mediação não foi reservado o mesmo detalhamento, o que é surpreendente, face ao denso conteúdo teórico voltado para solução de litígios de forma amigável. (São Paulo, 2020a).

2 FLEXIBILIZAÇÃO DO CONTEÚDO DA LEI PAULISTA EM FAVOR DE SUA APLICAÇÃO AOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE

Conforme verificado no capítulo anterior, o maior esforço a ser empreendido pela administração pública, será o de regulamentar quais as causas poderão ser encaminhadas à autocomposição. Entretanto, o Estado e o Município de São Paulo, mostram o caminho a ser trilhado, no sentido de chamar para si a responsabilidade pela solução dos litígios gerados no seio das entidades públicas. Em complemento ao exposto, também se perfaz necessário um conjunto legislativo que possa servir como arrimo de norma específica sobre o tema. Em verdade, essa constatação tem um viés corroborado pelo sistema multiportas, em que se vislumbram várias facetas possíveis à solução da contenda. (Fagúndez; Goulart, 2020, p. 153).

Mesmo em localidades com menor densidade demográfica, a(s) pessoa(s) jurídica(s) de direito público, tem(êm) que lidar com conflitos diversos, pois sempre existirá uma variedade de bens jurídicos ofendidos ou dívidas não pagas – provenientes do particular ou da própria Administração Pública -, que podem relacionar-se à área tributária, financeira, ambiental, contratual, etc. Em decorrência disso, o que pode variar de um micro município, para uma megalópole, é a quantidade de lides oriundas de espécies existentes, tanto em um, quanto em outro caso. Em tese, era de se esperar que a iniciativa surgisse através das urbes, pois é nelas que o cidadão de fato vive e se inter-relaciona com os demais e com o Poder Público. Mesmo quando o objetivo é a relação com o Governo do Estado ou União, há sempre uma unidade ou posto avançado responsável por representar as entidades em âmbito local. Esse deslocamento do centro de poder, pode se caracterizar como a mola propulsora a conduzir a sociedade civil até centralidade do debate dos interesses próprios e da comunidade em que vive, especialmente quando o assunto é a discussão dos litígios com a Administração. Veja-se, que muito embora a iniciativa da edição de uma regra, que versasse sobre autocomposição, tenha partido do Governo do Estado de São Paulo, foi no Município que ela se aperfeiçoou, pois é especificamente nele que se pode detectar a qualidade e quantidade das causas que podem ser carreadas à autocomposição e sob quais condições as demais normas deverão colaborar para isso, sem que se ofendam princípios inerentes ao direito administrativo ou regras anteriormente impostas. Em complemento a isso, nas prefeituras é que se proporciona identificar os servidores mais capacitados a exercer funções de implementação ou de execução dos procedimentos autocompositivos. (Priebe; Spengler, 2020, p. 187-188).

Nesse sentido, cabe referenciar:

> Os mediadores e conciliadores serão selecionados, preferencialmente, dentre procuradores municipais ativos ou inativos, com capacitação nos cursos oferecidos pela Procuradoria Municipal ou cursos equivalentes promovidos por instituições reconhecidas. Além dos procuradores, o Decreto abre margem para o cadastramento de mediadores e conciliadores servidores, ativos ou não, desde que graduados em curso de nível superior e que tenham atendido ao curso exigido. Um aspecto interessante desse artigo do Decreto é a possibilidade de firmar convênios com entidades renomadas na área de mediação/conciliação. Os profissionais serão designados através de portaria do Procurador Geral[20] (Wrasse, 2018, p. 105).

É de se imaginar, que se em um Município do porte de São Paulo, é possível verificar avanços tão significativos, em vista de sua proximidade com o cidadão, quais os tipos de benefícios - à sociedade, ao Poder Público e ao descongestion-

18 Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Brasil, 1966).

19 A Lei especifica a transação nas seções III e IV, do artigo 8º ao 23º (São Paulo, 2020a).

20 A citação extraída da obra de Helena Pacheco Wrasse, estuda a central de conciliação implantada no Município de Porto Alegre, através da Lei Municipal n° 12.003/2016, mas espelha com fidedignidade a maior facilidade de um formato que tem por protótipo um determinado Município.

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 11-24. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.41516

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

amento do Judiciário -, poderiam advir com a instalação de um método igual ou semelhante em cidades menores? (Pinho; Strätz; Rodrigues, 2020, p. 74-75).

A resposta a esse questionamento, passa, inexoravelmente, pela definição por uma das seguintes opções: a simples transposição legal de um Município a outro - assim como ocorrem com várias das legislações federais[21], aplicáveis a todos os órgãos públicos, incluindo as prefeituras –, ou a adaptação de seu conteúdo a realidade encontrada em determinadas localidades, que em razão de suas demandas poderia estabelecer uma espécie de filtragem, elaborando uma legislação voltada para uma necessidade mais premente com relação a determinado litígio. Movido por esse espírito, os agentes públicos se aproximariam do que propugna o princípio da eficiência[22], em sua busca incessante por um modelo gerencial a organizar a administração pública, superando antigos paradigmas, que devem ceder lugar à práticas menos burocráticas, não tão arraigadas ao positivismo, mas sim à razoabilidade dos atos administrativos em consonância com o interesse público. Para tanto, a lei que pretenda versar sobre autocomposição, deve ser acompanhada de um escopo legislativo que a cerque e que assegure o cumprimento de seus dispositivos e, assim, assegure que os acordos firmados no âmbito administrativo, gozem de plena regularidade, sejam eles ambientais, tributários ou provenientes de responsabilidade objetiva, originem-se do cidadão ou da própria administração, não importa, o que realmente deve permear a esfera pública é a viabilização da Lei a que se atribua a responsabilidade pela criação da composição administrativa, ou seja, há que se conceder eficácia aos postulados da norma, para que ela não seja apenas um parâmetro de regra, que sem aplicabilidade prática, restará relegada ao ostracismo (Vargas, 2020, p. 41).

Ainda assim, o Município de São Paulo serve como referência, pois possui uma diversidade de opções a assegurar o funcionamento de um sistema que prima pela solução pacífica de seus litígios, por intermédio de programas de regularização, parcelamentos e reativação de parcelamentos, cada qual com normas específicas a regrá-los e com renovações periódicas, devidamente autorizadas pelo Poder Legislativo. Atualmente, na cidade de São Paulo, existem quatro programas[23] em vigência disponibilizados aos cidadãos, cujo objetivo é a regularização de pendências de natureza tributária ou não tributária. Todavia, seria injusto atribuir o funcionamento dessas iniciativas a uma única legislação. É possível verificar, que o resguardo da aplicabilidade de tais iniciativas, é garantido por um conjunto de leis, decretos, portarias e instruções normativas, todos buscando uma ação diferenciada, para que o contribuinte, deliberadamente, fique em dia com o Município. Mesmo assim, em homenagem ao princípio da razoabilidade, não seria crível transportar toda a legislação ora comentada, sob o mesmo formato, para município diverso, mesmo que seja uma realidade próxima, pois, dificilmente, analisando todo o cenário que circunda determinada localidade, jamais um será idêntico ao outro (São Paulo, [2017]).

3 IMPLANTAÇÃO DA LEI PAULISTA NOS MICRO MUNICÍPIOS: POSSIBILIDADE, FICÇÃO OU REALIDADE?

Muito embora o artigo 5º, inciso II[24], do Texto Constitucional, represente a garantia do cidadão, no tocante a sua liberdade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa - somente interrompida e passível de punição, quando a lei assim determinar – à Administração Pública é permitido agir, exclusivamente, diante do permissivo normativo, ou seja, deveras importante que a cada passo do processo de contenção e solução de litígios, haja o referendo legal inerente à matéria de

21 A título exemplificativo, pode-se citar a Lei 8.666/93, que institui normas gerias para licitações e contratos da Administração Pública. As regras por ela impostas, abrangem União, Estados, Distrito Federal e Municípios, independentemente de sua localização, tamanho, dificuldades inerentes à estrutura material e de pessoal.

22 A eficiência na administração pública foi o princípio constitucional derradeiro, a integrar a Constituição Federal, mais especificamente o artigo 37, que, alterado pela Emenda Constitucional n° 19/98, preleciona o seguinte: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (Brasil, 1988).

23 Programa de Parcelamento Incentivado (PPI), instituído pela Lei 16.680/2017; Parcelamento Administrativo de Débitos Tributários (PAT), instituído pela Lei 14.256/2006; Programa de Regularização de Débitos (PRD), instituído pela Lei 16.240/2015 e Programa de reativação dos parcelamentos rompidos por inadimplemento durante a situação de calamidade pública (pandemia da Covid-19), instituído pela Lei 17.403/2020 (Brasil, 2006, 2015b, 2017, 2020b).

24 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

que se está a tratar. A instituição legal de um sistema autocompositivo, é como se fosse o primeiro ato de uma peça teatral, que sem os roteiros subsequentes perderia o sentido. No caso da ação administrativa, o fato de se autorizar o acordo, não infere dizer que o Poder Público possa abdicar de perceber parte do que faria jus, pois estaria atuando na clandestinidade, sem o abrigo da Lei a autorizar o ato a ser praticado. Sob a égide desse verdadeiro corolário do Direito Administrativo, as vontades pessoais dos agentes públicos são relegadas sucumbem, tornando-se apenas uma vaga lembrança de um passado distante, em que a vontade do Rei externava o querer do Estado. Hodiernamente, mesmo para aqueles atos ditos discricionários, prevalece a máxima propugnada pelo princípio em estudo, uma vez que a liberdade imposta pela discricionariedade decorre da própria lei. Para se ter uma ideia aproximada do que isso significa, digamos que uma legislação que verse sobre processo administrativo, estabeleça penalidades de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão. O agente, seja qual for a instância a que pertencer, deverá optar, na dosimetria de seu julgado, dentre sanções anteriormente expostas, impingindo a que melhor se adequar à infração, mas não pode, em hipótese alguma, aplicar pena diversa da prevista, ao arrepio do escopo legal. (Mello, 2010, p. 77).

A teor do exposto, referende-se:

> [...] Antes da submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, havia o arbítrio de um Estado cujo poder era incondicionado. O monarca absolutista determinava algo e, em função exclusivamente de sua vontade, os súditos eram obrigados a uma série de prestações. [...] No Estado Liberal de Direito [...] tal qual os cidadãos na atualidade, poderia fazer tudo o que a lei não proibia. [...]. Posteriormente, com a influência kelseniana [...] A ação administrativa passou a ser analisada sob o prisma de sua relação com o ordenamento, ou seja, enquanto antes a Administração podia fazer tudo o que a lei não vedava, com o Estado Social de Direito ou o Estado Legal à Administração foi permitido atuar apenas dentro dos limites permitidos pela lei. [...]. Se administrar envolve o dispêndio de verbas públicas, para que exista respeito aos princípios democrático e republicano e à consequente indisponibilidade do interesse público é imprescindível que a Administração Pública aja em conformidade com a lei, uma vez que ela não dispõe da mesma liberdade dos particulares. [...]. Note-se que pelo conteúdo mais atualizado da legalidade, especialmente a partir do pós-positivismo e da nova hermenêutica, a moldura do Direito não abrange apenas as regras jurídicas previstas, sendo também ilegais ações administrativas que se desviem dos princípios, uma vez que, conforme exposto, estes também possuem caráter normativo (Nohara, 2020, p. 67).

Por outro lado, a crise da concepção liberal do princípio da legalidade, associada ao advento do positivismo, trouxe novas luzes ao próprio direito administrativo, indicando uma evolução cujo cerne consiste na adequação de sua atuação com o chamado bloco de legalidade. Assim agindo, a perspectiva passa a ser a de um Estado que deve conformar suas ações não só à Lei, mas também ao Direito, em homenagem ao princípio da juridicidade, sendo primordial voltar a atenção para a legitimidade do Direito e a efetividade da Constituição. Para tanto, também é essencial que a Administração Pública, lastreada pela ideia contemporânea de legalidade, dissocie-se dos antigos paradigmas e rediscuta temas sensíveis como relativização da impossibilidade de decretos autônomos e ampliação do controle judicial da discricionariedade administrativa. Nessa senda, aparentemente, o receio de implantar uma filosofia voltada para uma maior liberdade comportamental-gerencial na administração pública possui uma objeção relevante, que consiste no efeito colateral, por assim dizer, de uma ampliação do controle exercido pelo Judiciário. Carreando essa afirmação ao campo da autocomposição, não é impossível depreender que permutaría-se o encaminhamento de demandas ao Judiciário, pelo controle frequente da discricionariedade, assoberbando-o ainda mais (Oliveira, 2020, p. 36).

Entretanto, surpreendentemente, esse não é o único debate mais incisivo no âmago das entidades públicas. Aliado a concepção presente no setor público, acerca do princípio da igualdade, há uma controvérsia, trazida pela Lei 9.307/96, que apesar de dispor exclusivamente sobre arbitragem, afeta sobremaneira a aplicação dos procedimentos elencados pela Lei 13.140/2015, mesmo que inseridas em âmbito mediatório - em que as partes propõem o diálogo e decidem o conflito com o auxílio de terceiro -. Embora trate-se de institutos que, de um lado, há uma identidade com a autocomposição (mediação) e, de outro, com a heterocomposição (arbitragem), ambas convergem para o trato de questões envolvendo

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

direitos patrimoniais disponíveis[25], no caso da Lei de mediação, disponíveis ou relativamente indisponíveis[26] (Figueira Júnior, 2019, p. 45).

Portanto, considerando o raciocínio anterior, é necessária uma digressão sobre o que se consideram bens patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis, para só então pensar-se em uma projeção acerca do conjunto de possibilidades e benefícios a serem produzidos pela mediação. Nessa esteira, a doutrina tem apontado para alguns critérios que, utilizados em conjunto ou separadamente, podem indicar a(s) área(s) sobre a(s) qual(is) a mediação teria aplicabilidade. Em um primeiro momento, a disponibilidade dos bens estaria atrelada a todo ato de gestão, em que a Administração Pública assume uma condição de igualdade com o particular, típica dos negócios públicos, à exemplo da relação contratual. O segundo ponto, consiste na distinção entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a noção de direitos patrimoniais indisponíveis, pois a este último, ainda pode ser atribuída a disponibilidade, o que não ocorre, em hipótese alguma, com o interesse público. Por derradeiro, mas não menos importante, a disponibilidade de bens ainda é possível, no que tange aos serviços comerciais e industriais do estado, atos negociais, contratos de direito privado efetivados pela administração pública e nas empresas estatais que exercem atividade econômica (Di Pietro, 2020, p. 1086).

No que se refere ao patrimônio imperioso asseverar que:

> O patrimônio é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. O patrimônio engloba tão só os direitos pecuniários. Os direitos puros da personalidade, por nós já referidos, não devem ser considerados como de valor pecuniário imediato (Venosa, 2020, p. 315).

Como se vê, às pessoas físicas são atribuídos um conjunto de bens de valor pecuniário, que podem ser disponibilizados. Por outro lado, os direitos considerados puros da personalidade seriam excluídos desse rol. Para a administração pública, também é possibilitado distinguir o patrimônio, que por efeito de classificação doutrinária, encontra-se abrigado sob o manto da indisponibilidade. São os chamados bens de uso especial ou bens do patrimônio indisponível, vinculados à execução de determinada atividade administrativa, à exemplo dos prédios públicos, veículos e computadores e que, apesar de serem passíveis de avaliação econômica, são considerados indisponíveis. Não obstante, os bens de uso comum do povo - destinados ao uso da população em geral, não sendo passíveis de valoração econômica, como por exemplo, as praças, rios e mares -, apesar de não serem nomeados como indisponíveis, pois afetados à uma destinação pública específica, são assim nomeados em razão de seu caráter geral de fruição. Em um viés oposto, encontram-se os bens dominiais ou dominicais, ou ainda, do patrimônio disponível da administração, na qualidade de direito pessoal ou real das entidades públicas. No que concerne a essa última classificação, interessante referenciar que perdem uma característica essencial dos bens públicos: a inalienabilidade. Outro ponto a ser mencionado, é que determinados bens públicos classificados como de uso comum ou especiais, poderão integrar o patrimônio disponível da administração, desde que reputados inservíveis[27]. A partir de então, obtêm um novo registro no setor patrimonial, ocorrendo a chamada desafetação[28], tendo em vista a inexistência de finalidade pública específica. (Marinela, 2014, p. 863).

Conforme se pode denotar, são parcas as situações que, em tese, não poderiam ser objeto de autocomposição na administração pública. Entretanto, vige, atualmente, um arcabouço jurídico e uma base principiológica sólidos, voltados para a proteção e o controle, tanto de suas atividades, quanto de seus bens, na tentativa de evitar que seus agentes se locupletem às custas da máquina estatal. Face a

25 No caso da Lei 9.307/96, a previsão é encontrada no artigo 1º, §1º, a seguir transcrito: Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (Brasil, 1996).

26 Referente à Lei 13.140/2015, previsão semelhante à do artigo 1º, §1º, da Lei 9.307/96 pode ser encontrada no artigo 3º, assim delineado: "Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação" (Brasil, 2015).

27 A expressão "inservíveis" deve ser compreendida no sentido de "destituição de qualquer destinação, prontos para serem utilizados ou alienados ou, ainda, ter o seu uso trespassado a quem por eles se interesse". (Gasparini, 2007).

28 Assim como a desafetação marca a inexistência de finalidade pública, a afetação corresponde ao fato administrativo que gera a vinculação do bem público a uma finalidade pública especial de interesse direito ou indireto da Administração. Sobre afetação e desafetação, verificar a obra de José dos Santos Carvalho Filho (2020).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

essas situações, perfaz-se importante trazer à lume uma análise da possibilidade da autocomposição no setor público, a partir das exigências postas pela legislação constitucional e infraconstitucional, protetiva do aparato estatal, com um olhar voltado para princípios imprescindíveis ao direito administrativo e às entidades integrantes do governo: moralidade e economicidade. Moralidade, porque é com supedâneo na moral comum, aliada à boa administração, que os gestores públicos devem se guiar, na condução de um processo de conscientização de que nem sempre a via judicial é que dá lastro para ações com fundamento meramente registral, cuja intenção sequer consiste em cobrar, acordar ou pagar, mas apenas certificar uma providência com relação ao débito ou ao crédito. Economicidade, porque se no ambiente administrativo é possível encontrar soluções que possam evitar o custo de demandas judiciais – que, invariavelmente, ultrapassam o valor atribuído à causa – basta o cuidado no trato de questões econômico-orçamentárias, com base em um levantamento minucioso, em que o resultado seja objeto de proteção legislativa, com menção expressa dos limites de atuação daqueles que forem os responsáveis pela condução da autocomposição, para que se tenha um novo paradigma no trato do crédito e débito públicos. Por derradeiro, em atenção ao exposto e ultrapassada a questão da total indisponibilidade dos bens públicos, indeclinável é a construção de um lastro jurídico consistente, que além de dar sustentabilidade à Lei específica de autocomposição, a auxilie no trato da dívida ativa. Sob outra perspectiva, isso não quer dizer que se deva simplesmente transpor as normas da legislação paulista aos municípios. É necessária uma análise das necessidades de determinada localidade, de sua estrutura, dos tributos existentes e suas alíquotas e tudo mais que possa interferir no propósito legislativo. São Paulo trouxe um formato adequado para trabalhar o desígnio da solução amigável de conflitos e da estrutura mínima a cercar a autocomposição, mas não um modelo de anteprojeto que possa ser copiado em sua literalidade (Eidt, 2017, p. 57-63).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

Nota-se, que a questão em tela não é tanto de flexibilização, mas de construção de um universo normativo a contemplar um ambiente específico, o que não diminui a relevância da Lei 17.324/2020 e seu contributo a uma nova concepção de tratamento dos negócios públicos. Ao contrário. O que se tem visto são escassas iniciativas tendentes à prática da autocomposição, especialmente quando o ente de que se trata é a administração pública, ambiente pouco propício a proposições que alterem o sistema tradicionalmente arraigado aos seus métodos de controle e bases principiológicas, muitas vezes interpretados equivocadamente.

A Lei Paulista tem o mérito de ser uma das pioneiras em criar um formato de autocomposição voltado ao setor público, contemplando-a não só através de legislação específica, mas de um entorno sedimentado em uma série de regras predispostas a auxiliar na tarefa de solucionar litígios pela via administrativa.

Mesmo assim, é válida a crítica acerca da ênfase da Lei Paulista no detalhamento conferido à transação, em contraste à uma breve menção à mediação, o que poderia caracterizar a norma com um viés mais voltado à seara tributária do que propriamente disposta a conformar um cenário compositivo, o que não se coaduna com a proposta de propagação de uma nova forma de diálogo no setor público.

A transposição do regramento paulista aos pequenos municípios, sem qualquer consideração acerca das reais condições para a instalação de um tratamento visando a pacificação das contendas existentes em uma localidade, é, para dizer o mínimo, bastante pernicioso, pois estará sempre apto a flertar com a ineficácia da metodologia estabelecida pela lei materna, em vista da disparidade de realidade entre as duas cidades completamente diversas.

Em termos práticos, a estrutura engendrada por São Paulo, serve como parâmetro, mas não como um modelo estanque a ser implantado sem um estudo adequado, em que se considerem as condições geográficas, materiais, estruturais, econômicas, sociais, etc.

Ao assim procederem, os gestores municipais estarão inovando, inclusive, na forma de se estabelecerem políticas públicas adequadas, mitigando-se o risco da implantação equivocada, por intermédio de uma avaliação multidisciplinar em que prepondera a hodierna interpretação de interesse público.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

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: 5 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em:15 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem.. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788597024975/cfi/6/10!/4/10/12@0:92.9. Acesso em: 30 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em:https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788530989729/cfi/6/10!/4/24/2@0:52.9. Acesso em: 2 maio 2020.

EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2017.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O Marco Legal da Mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322621384_O_Marco_Legal_da_Mediacao_no_Brasil_Aplicabilidade_na_Administracao_Publica. Acesso em: 9 maio 2020.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível : https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788530982874/cfi/6/10!/4/2/4@0:0. Acesso em: 10 maio 2020.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788530987237/cfi/6/10!/4/20@0:52.7. Acesso em: 29 jul. 2020.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788597024951/cfi/6/10!/4/2/4@0:0. Acesso em: 10 maio 2020.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

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

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788597025255/cfi/6/10!/4/22/2@0:100. Acesso em: 12 maio 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo.** 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Disponível em: https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788530989453/cfi/6/10!/4/26/2@0:0. Acesso em: 26 jul. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STRÄTZ, Murilo; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Arbitragem Tributária: perspectivas para o direito brasileiro. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. (org.). **Mediação e arbitragem na administração pública conciliação e arbitragem**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020. v. 2. Disponível em: http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-mediacao-e-arbitragem-na-administracao-publica-ebook174.php. Acesso em: 11 maio 2020.

PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. O Papel do município como fomentador da política pública de tratamento adequado dos conflitos instituída na resolução 125 do CNJ. **Revista DEDIR/PPGD. DIREITO UFOP**, Ouro Preto, MG, n. 3, p. 181-197, set./out. 2017. Disponível em: https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/897/832. Acesso em: 9 maio 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Assistência de arbitragens**. São Paulo: PGE, [2020]. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/PortalArbitragens/paginas/ default.asp?TKU=&IDProc=3&. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019**. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2019a. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 1.270, de 25 de agosto de 2015**. Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2015a. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/lei.complementar-1270-25.08.2015.html. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Resolução nº 45, de 16 de dezembro de 2019**. Disciplina o cadastramento de câmaras arbitrais pelo Estado de São Paulo. São Paulo: PGE, 2019b. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/Res_PGE_45_2019.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO (Município). **Lei nº 14.256, de 29 de dezembro de 2006**. Institui o Parcelamento Administrativo de Débitos Tributários - PAT no Município de São Paulo e altera a legislação tributária municipal que especifica, bem como dispositivos das Leis nº 8.645, de 21 de novembro de 1977, nº 14.094, de 6 de dezembro de 2005, nº 14.096, de 8 de dezembro de 2005, nº 14.107, de 12 de dezembro de 2005, e nº 14.133, de 24 de janeiro de 2006, e dá providências correlatas. São Paulo: Prefeitura do Município, 2006. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/arquivos/ secretarias/financas/legislacao/Lei-14256-2006.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÃO PAULO (Município). **Lei nº 16.240, de 22 de julho de 2015**. Institui o Programa de Regularização de Débitos Relativos ao Imposto Sobre Serviços De Qualquer Natureza no Município de São Paulo, Conforme Especifica, e Introduz Alterações no Art. 15 da Lei nº 13.701, de 24 de Dezembro de 2003.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

São Paulo: Prefeitura do Município, 2015b. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2015/1624/16240/lei-ordinaria-n-16240-2015-institui-o-programa-de-regularizacao-de-debitos-relativos-ao-imposto-sobre-servicos-de-qualquer-natureza-no-municipio-de-sao-paulo-conforme-especifica-e-introduz-alteracoes-no-art-15-da-lei-n-13701-de-24-de-dezembro-de-2003?q=lei+16240. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÃO PAULO (Município). **Lei nº 16.680, de 04 de julho de 2017**. Institui o Programa de Parcelamento Incentivado de 2017 - PPI 2017; altera o art. 50 da Lei nº 15.406, de 8 de julho de 2011, e o art. 1º da Lei nº 14.800, de 25 de junho de 2008. São Paulo: Prefeitura do Município, 2017. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2017/1668/16680/lei-ordinaria-n-16680-2017-institui-o-programa-de-parcelamento-incentivado-de-2017-ppi-2017-altera-o-art-50-da-lei-n-15406-de-8-de-julho-de-2011-e-o-art-1-da-lei-n-14-800-de-25-de-junho-de-2008. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÃO PAULO (Município). **Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020**. Institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta. São Paulo: Prefeitura do Município, 2020a. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2020/1733/17324/lei-ordinaria-n-17324-2020-institui-a-politica-de-desjudicializacao-no-ambito-da-administracao-publica-municipal-direta-e-indireta. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO (Município). **Lei nº 17.403, de 17 de julho de 2020**. Dispõe sobre a suspensão da exclusão de parcelamentos durante o estado de calamidade pública; dispõe sobre o ISS relativo às sociedades unipessoais; permite a opção do J-40 para comissionados da área da Saúde; trata das permissões de uso e da autorização para o Poder Executivo proceder aos Termos de Permissão de Uso - TPU que especifica; trata do Programa de Incentivo à Manutenção do Emprego - PIME; autoriza o Executivo a indicar servidores públicos municipais inativos no âmbito dos convênios celebrados com a JUCESP; transfere propriedade para a COHAB; suspende cobrança de parcela de financiamento dos contratos com a COHAB-SP, e dá outras providências. São Paulo: Prefeitura do Município, 2020b. Disponível em: http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17403-de-17-de-julho-de-2020. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. São Paulo: Prefeitura do Município, 2018. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2018/1688/16873/lei-ordinaria-n-16873-2018-reconhece-e-regulamenta-a-instalacao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pela-prefeitura-de-sao-paulo. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO. Prefeitura do Município. **Parcelamento de débitos**. São Paulo, [2017?]. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/fazenda/servicos/parcelamentos/. Acesso em: 27 jul. 2020.

VARGAS, Daniel Vianna. A mediação como instrumento de eficiência na administração pública, sob o prisma da análise econômica do direito. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (org.). **Mediação e arbitragem na administração pública conciliação e arbitragem**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2020. v. 2 Disponível em: http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-mediacao-e-arbitragem-na-administracao-publica-ebook174.php. Acesso em: 12 maio 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: https://grupogen.vitalsource.com/#/books/9788597024647/cfi/6/10!/4/8/2@0:0. Acesso em: 3 maio 2020.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

WRASSE, Helena Pacheco. **Autocomposição entre administração pública e particulares**: (im)possibilidades e desafios. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018. Disponível em: http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-autocomposicao-entre-administracao-publica-e-particulares-(im)possibilidades-e--desafios-ebook129.php. Acesso em: 14 maio 2020.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.48934

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO NOS LITÍGIOS COLETIVOS POSSESSÓRIOS

THE MEDIATION HEARING IN COLLECTIVE POSSESSORY DISPUTES

Roberto de Paula

Pós-Doutorando no Programa de Bioética da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Penal e Criminologia Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Professor Adjunto da Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR). E-mail: roberttus1@gmail.com.

Como citar: PAULA, Roberto de. A audiência de mediação nos litígios coletivos possessórios. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 25-38, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48934. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 14/09/2023

Aceito em: 09/04/2025

Resumo: Analisa a previsão da audiência de mediação nas ações possessórias prevista na Lei nº 13.105/15, que institui o Código de Processo Civil. Sonda a potencialidade de tal audiência para a resolução de litígios coletivos pela posse do imóvel/terra. Discute os entraves verificados no regime das ações possessórias do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), doravante revogado. Examina a localização tópica da nova audiência de mediação, possibilidades e limites de resolução de conflitos coletivos possessórias. Conclui que um tratamento adequado para tais litígios requer ação efetiva do Estado e abertura dialógica dos atores sociais envolvidos.

Palavras-Chave: audiência de mediação; ações possessórias; novo código de processo civil.

Abstract: Analyzes the forecast of mediation hearing in possessory actions provided for in Law Nº 13,105/15, establishing the Civil Procedure Code. Probe the potential of such a hearing for the settlement of collective disputes by rural possession of the property/land. Discusses the obstacles checked in the regime of possessory actions of the Civil Procedure Code (Law Nº 5.869/73), now repealed. Examines the topical location of new hearing mediation, possibilities and limits of resolution of possessory collective conflicts. It concludes that an appropriate treatment to such disputes requires effective action of the State and dialogic opening of the social actors involved.

Keywords: mediation hearing; possessory actions; new civil procedure code.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Os problemas que envolvem a Questão Agrária no Brasil remontam ao nascimento do país e remete à dramática situação de conflito que ainda perdura no campo. Uma vertente do problema diz respeito ao Poder Judiciário e à condução da prestação jurisdicional acerca das lides possessórias. Vale dizer, implica diretamente nas opções legislativas condensadas nos diplomas afins do direito material e do direito processual, especialmente do processual civil.

Os temas decorrentes abordados despertam paixões discursivas, tais como: posse; conflitos agrários; direito de propriedade ou direito à propriedade; papel da Justiça ou juiz; e, do ponto de vista sociológico, a dramática realidade de conflito coletivo pela posse da terra, entre outras. Não se trata, meramente de questões jurídicas atravessadas pelo Direito Civil ou pelo Processo Civil, mas de direitos fundamentais que clamam pela efetividade e eficácia horizontal de direitos, consubstanciados no acesso à terra, numa percuciente atuação estatal na apreciação jurisdicional acerca dos problemas envolvendo a posse da terra.

Pois bem, a arena processual, ou a judicialização dos conflitos, tornou-se um espaço de luta e reivindicação por direitos no Direito. Neste sentido, emerge a temática do presente, qual seja de apreciar as ações possessórias no regime do Código de Processo Civil de 1973, recém derrogado, e, num exercício hermenêutico propositivo, lançar uma reflexão sobre o Novo Código de Processo Civil, em vigência, sobretudo, no que concerne ao tema específico das possessórias caracterizadas pelo conflito coletivo pela posse da terra, e apreciar o novel mecanismo denominado audiência de mediação do litígio coletivo.

Didaticamente, propõe-se um caminho pautado no método lógico-dedutivo, donde se aprecia a sistemática do regime possessório no código de processo civil instituído pela Lei nº 5.869/73, que perdeu vigência, tematizando alguns entraves evidenciados pela prática jurídica acerca da dificuldade que envolve a citação de uma multidão de pessoas, do reducionismo da audiência de justificação da posse e da ausência do Ministério Público como garante dos hipossuficientes envolvidos nos conflitos concretamente.

A metodologia adotada no presente não descuida da investigação alicerçada no método dedutivo, amparado em vasta bibliografia consagrada acerca do tema e dos recursos afins da empiria, cujos pressupostos conferem a sistematicidade e a crueza da realidade factual concreta sobre a qual se debruça o Direito.

Outrossim, deve-se enunciar a incidência do método pautado na hermenêutica histórico-dialética. A hermenêutica permite contextualizar a problemática, pois, abre o sentido interpretativo, afastando concepções simplistas e superficiais. O método histórico-dialético revela que a temática apreciada se dá no chão da história brasileira e aclara as contradições entre classes e atores sociais envolvidos no contexto.

1 AS POSSESSÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973: PROBLEMAS EM TORNO DA CITAÇÃO, DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO DA POSSE E DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

De início, cabe aclarar que o presente estudo situa-se na apreciação da audiência de mediação, mecanismo previsto no Novo Código de Processo Civil, como ato processual no contexto das ações possessórias que envolve litígio coletivo pela posse do imóvel/ da terra.

Assim, problematiza não só a questão da audiência de justificação da posse, mas também as questões espinhosas em torno da citação e da participação do Ministério Público quanto às ações possessórias em litígios coletivos.

Dentro da sistemática possessória presente no Código de Processo Civil de 1973 é “lugar comum” a afirmação de que o mesmo foi projetado num ambiente e contexto de resolução de controvérsias e conflitos interindividuais. Entretanto, não significa que não houvesse demandas com caracteres de coletividade ou de conflitos coletivos em torno da posse rural. Ocorre que a judicialização das

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

questões, sobretudo agrárias, não figurava no horizonte das organizações coletivas e movimentos sociais.

O descompasso entre a realidade concreta e a produção normativa é desnudada pela prática, especialmente, quando as questões desaguam no Poder Judiciário que, diante da prestação jurisdicional, precisa equacionar aspectos entre a segurança jurídica e uma celeridade processual aceitável e adequada.

Pois bem, nesse passo, o instituto da citação é comumente invocado para externar um dos limites do código, sobretudo no que diz respeito à procedimentalização da lide possessória em cujo polo figura uma multidão de pessoas, tal como o caso de uma ocupação/invasão de propriedade rural, isto é, os litígios coletivos.

Na práxis, verificou-se a dificuldade de se citar uma multidão de pessoas. Portanto, como é de se concluir na sistemática processual, em que a citação figura como matéria de ordem pública, há expressa exigência desta para se completar a relação jurídica processual, donde a ausência desta determina a ilegítima configuração da relação processual, o que deveria, de pronto, ser causa de extinção do processo ante a inobservância do pressuposto processual de validade.

A doutrina é enfática e categórica na extrema necessidade de se cumprir os requisitos para a validade e existência da relação jurídica processual. Lembre-se, a título exemplificativo, a lição de Egas Moniz Aragão (1991, p. 172), ao apreciar a problemática em tela, é contundente ao afirmar que "[...] não tem existência jurídica o processo que seja iniciado sem a citação do réu". A falta de citação do réu importará em nulidade do processo". Por sua vez, Cinthia Regina Passos e Marcos Fowler (2000, p. 233) grifam que a citação é ato indispensável para a validade do processo:

> A citação é elemento essencial da atividade a ser em juízo desenvolvida, pois constitui a própria relação processual: para ser demandado em juízo, o réu deve ser citado. Determina o art. 214 do CPC que a citação inicial do réu é indispensável para a validade do processo.

Nesse desiderato, Adroaldo Furtado Fabrício (1944, p. 443), com base no pensamento de Pontes de Miranda, assinala a característica de direito de defesa implícito no instituto em apreço:

> A norma – será necessária a citação – sob pena de nulidade, no começo da causa ou da execução – traduz, no plano objetivo da relação jurídica processual, esse principio do direito de defesa, da incompatibilidade da civilização como os processos e as condenações inaudita parte. Por trás dela é que se acha tal princípio, elevado, nos povos livres, à categoria de direito constitucional.

Portanto, por tudo que entende a doutrina, se a citação é elemento fundamental não só para a validade do processo, não se pode aceitar, por um critério jurídico de validade, a indeterminação de citações que figuraram e figuram nos autos de ações possessórias como o designativo indefinido de "e outros", pois não descrevem o que prescrevia e exigia a norma processual contida no art. 282, II do CPC: "Art. 282. A petição inicial indicará: [...]; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu [...]; VII – o requerimento para a citação do réu" (Brasil, 1973).

Lapidar a lição de Jacques Távora Alfonsin (1988, p. 272), professor e advogado militante no direito possessório:

> Quando o autor dessas ações possessórias, como se sabe, identifica os "invasores" ou "ocupantes", apenas com a indicação de um dos integrantes do grupo, acrescentando a expressão e "outros", embora esteja violando os arts, 930 e 282, inc. II do Código de Processo Civil, não deixa de reconhecer, explicitamente, que aquelas regras jurídicas não tem capacidade para compreender toda a legitimação passiva lá pretendida pelo referido autor.

Para além do andamento da causa, as normas processuais devem ser interpretadas dentro de um contexto de princípios e garantias que informam o ordenamento jurídico e não meramente como dispositivo facilitador de julgamentos.

Do que se expôs, resta demonstrado, ao menos, apontado um entrave ou reducionismo no que tange à citação no contexto das ações possessórias, donde se verifica a total inobservância de um elemento caro ao direito de defesa na relação processual, qual seja a citação válida. Assim, ao arrepio da previsão normativa

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

processual, a prática jurisdicional aceita como digno de ser apreciado um processo inexistente porquê eivado desde seu nascedouro.

No que tange à antiga audiência de justificação da posse, verifica-se um reducionismo hermenêutico no deslinde de tal instituto processual que operou sérios reflexos na prática judicante.

Assim, na generalidade das ações possessórias propostas, diante do requisito de comprovação da posse anterior ao alegado esbulho, donde se objetiva uma discussão sobre a posse e não sobre o domínio, verificou-se uma praxe que não condiz com uma discussão processual acerca da melhor posse, pois privilegiou-se tão somente a juntada de cópia da inscrição no registro de imóveis como prova máxima. Desta forma, desnaturalizou-se a audiência de justificação da posse, donde não se trata de apreciar uma titularidade destinada a provar o domínio e não a posse.

Neste sentido, compreensível a irresignação de Jacques Távora Alfonsin (1988, p. 273):

> Por mais que se afirme, pois, que a lide possessória pouco ou nada tem a ver com domínio, isso tem tido pouco peso, especialmente nos casos de "ocupações" ou "invasões" de latifúndios, sejam eles urbanos ou rurais, pela simples razão de que a "plausibilidade" própria das liminares não leva em consideração a diferença acima apontada. Tal diferença é irrelevante, e, sede possessória?

Daí constata-se sumariamente o emprego errôneo dos conceitos de posse e propriedade/domínio[1]. Nestes casos, a documentação juntada, necessária à comprovação dos requisitos obrigatórios exigidos no artigo 932 do Código de Processo Civil afigura-se inidônea para tal fim, pois, via de regra cinge-se à prova do domínio e não da posse anterior sobre a área em litígio (Brasil, 1973). Assim, a concessão do mandado liminar e, não raro, a prolação de sentença de procedência em favor do titular do domínio e não da melhor posse se dão sob uma base probatória de elementos de titularidade de domínio e propriedade, mas não de elementos constituintes da posse.

Eis a posição externada por Adroaldo Furtado Fabrício (1994, p. 409) e, como se vê, a seguir fartamente reafirmada pelos tribunais:

> [...] não bastam documentos comprobatórios do domínio, ou de outro título de *ius possidendi*. Não é essa a prova que se faz necessária, mas a da posse como fato que é. Tais documentos, é certo, podem ter sua utilidade como reforço ou ponto de partida para a produção de outras provas, mas isoladamente e por si sós não satisfazem a exigência do artigo. A jurisprudência é suficientemente farta e iterativa para dispensar exemplificação.

Firme-se, aqui, alguns conceitos básicos. Posse e propriedade/domínio são conceitos jurídicos radicalmente diferentes. É matéria pacífica em doutrina e em jurisprudência que nas ações possessórias não se discute a propriedade, e sim a situação fática da posse, cabendo o ônus de prova da posse à parte autora. Aliás, posse é pacificamente entendida como fato e não direito.

A manifestação de tal situação verificada como práxis na audiência de justificação da posse, atesta um agravamento de inobservância das regras expressas pelo diploma processual. Verifica-se uma supressão sumária ilegal da audiência de justificação diante dos documentos acostados à inicial que remetem à prova do domínio e não da posse.

Não obstante o uso das audiências de justificação para a prova do domínio, deve-se assinalar o limitado papel do réu em tais audiências. Assim, é de verificar que na sistemática do Código de Processo de Civil de 1973, tal mecanismo se configurou como mais um dos entraves para uma prestação jurisdicional adequada, visto que na mesma poderia não só admitir a participação efetiva e dialógica do réu, mas também de outros atores envolvidos na dramática situação de litígio e com interesse social no deslinde da questão.

1 Não se objetiva uma discussão aprofundada acerca da natureza da posse. Pois tal, tarefa foi levada a cabo por Ihering e Savigny. Para Ihering, o corpus é o único elemento da posse, ou seja, é a relação exterior entre proprietário e coisa. O elemento material da posse é a conduta externa da pessoa, que não necessita do animus (elemento psíquico) que representa a vontade de proceder do proprietário. A Teoria Subjetiva de *Savigny*, acredita que a posse é a união de dois elementos: o *corpus*, que seria a possibilidade de disposição da coisa, e o *animus*, que resulta da vontade e a intenção do possuidor de ter a coisa como sua. Assim, numa situação fática, se uma pessoa exerce sobre a coisa o poder de dispor da forma que bem entender, e ainda, age como com a vontade de ser dono, está-se diante da posse.

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Sobre a restrita participação do réu na audiência de justificação da posse, eis a consideração limitada e contraproducente de Marcos Vinicius Rios Gonçalves (1999, p. 76):

> [...] como a finalidade dessa audiência é permitir ao autor produzir provas bastantes para obter a liminar, a participação do réu é restrita, não lhe sendo dado arrolar testemunhas [...]. Tem-se admitido que o juiz ouça testemunhas do réu, caso não se sinta suficientemente esclarecido e queira ter maiores elementos para apreciar liminar. O réu não pode, porém, exigir a audição das testemunhas, cabendo ao juiz fazê-lo se quiser. Isso não ofende o princípio do contraditório, que é diferido. Mais tarde, o réu terá toda a oportunidade de apresentar as suas alegações.

O entendimento quase unânime entre a doutrina e a jurisprudência é de que por uma questão de cautela e prudência o Magistrado deve proceder a realização de audiência de justificação prévia.

Arremate-se com a posição do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, da lavra do desembargador Cruz Quintal, no Agravo de instrumento 7951-6, de 27.11.89, que decidiu: “A prova exclusiva do domínio não autoriza a concessão liminar de reintegração de posse, exigindo-se o processamento da justificação prévia do alegado” (Brasil, 1989).

Portanto, a posição consolidada não autoriza a concessão de liminar de reintegração de posse somente com os documentos que instruem a inicial que demonstram o domínio e não a posse. A posse, por ser um fato, exige prova satisfatória da mesma.

Desde as considerações acima delineadas, segue-se que a ausência da audiência de justificação da posse ou sua existência direcionada à prova da titularidade e domínio, se converte em mais um entrave da prestação jurisdicional, ignorando totalmente a ideia da posse como fato e é para isso que serve a audiência de justificação.

Por fim, em termos conclusivos acerca dos entraves processuais verificados no Código de Processo Civil derrogado, insta apreciar a participação do Ministério Público nos moldes do que previa o art. 82.

A análise feita até aqui evidenciou a emergência dos entraves acerca da citação e da audiência de justificação da posse. Cumpre, agora, apreciar a participação do Ministério Público no que tange concretamente aos conflitos ou litígios coletivos pela posse da terra.

É pacífico que há muito o Ministério Público deixou de ser um apêndice na administração da Justiça, superando mero papel de submisso a um dos poderes para um verdadeiro protagonismo social. Márcio Berclaz (2010, p. 241), em obra organizada por Carlos Vinícius Alves Ribeiro, com entusiasmo, traça os contornos de uma instituição com elã vital capaz de atuar decididamente em defesa de valores caros à sociedade:

> Projetado e pensado como instituição vocacionada para realizar a intransigente defesa dos interesses coletivos do povo, é justamente pela sua enérgica e vibrante atuação como agente indutor e provocador de transformações na realidade social que o Ministério Público brasileiro vem ganhando destaque e conquistando cada vez mais credibilidade para ocupar seu legítimo e privilegiado espaço no palco democrático da revolucionária Constituição da República de 1988.

A intervenção do órgão do Ministério Público, nos termos do art. 82, III, do CPC, modificado pela Lei 9.415/96, previa como obrigatória a intervenção do representante ministerial em todos os atos de ações possessórias de natureza coletiva, como se apresenta no caso em tela. “Art. 82 [...]; III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (Brasil, 1996).

A atuação do Ministério Público devia se dar por exigência normativa, principalmente pela presença de crianças e idosos. Necessária a participação do *Parquet* como garante do interesse de incapazes e vulneráveis conforme o art 82, I, do CPC: “Compete ao Ministério Público intervir: nas causas em que há interesses de incapazes” (Brasil, 1973).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Mais ainda. Prevê o ordenamento processual civil a participação obrigatória do Parquet quando a lei assim o define, sendo um ônus da parte a promoção da intimação do órgão, nos seguintes termos: "Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo" (Brasil, 1973).

Portanto, a falta de participação do Ministério Público deveria ter força de inquinar de nulidade todo o processo em consonância com norma explícita do diploma processual brasileiro. Desde seu nascedouro, um processo que não observa a regra, encontra-se eivado de nulidade, na expressa previsão dos termos do art. 246 do CPC: "É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir" (Brasil, 1973).

A inefetiva ou insuficiente participação do Ministério Público verificada nas ações de natureza possessórias se constitui em verdadeiro entrave para a prestação jurisdicional adequada. Mais que isso, a deficiente atuação não leva a efeito a proteção definida como função institucional de intervenção nos litígios agrários que, inevitavelmente, apresenta muitos incapazes jurídica e socialmente dependentes de uma comprometida prática do *Parquet* brasileiro.

2 A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS COLETIVOS POSSESSÓRIOS NO NCPC: MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS OU MECANISMO JUDICIAL ?

Na primeira parte do presente artigo dedicou-se ao estudo do regime das possessórias na sistemática processual civil do derrogado Código de Processo Civil de 1973. Ato contínuo, a tarefa que se anuncia é a de desenvolver uma reflexão acerca do que prevê o Novo Código de Processo Civil (NCPC - Lei nº 13.105/15) quanto às ações possessórias, estritamente, ainda, a apreciação da novel audiência de mediação prevista no contexto do processamento das possessórias.

Obviamente trata-se de um esforço mnemônico e um exercício cognitivo de se pensar um instituto processual à luz dos conflitos no presente e de uma futura concretização de um mecanismo de mediação, visto que o resultado prático esperado só se verificará na experiência prática concreta da práxis jurisdicional sobre a matéria afim.

Insta salientar que as medidas estabelecidas como meio de solução pacifica de controvérsias e conflitos situam-se como valores de uma sociedade marcada pela opção da construção de fraternidade e pacificação das relações. Assim, os métodos de resolução de controvérsias alternativos harmonizam-se com as premissas constitucionais de justiça e paz social.

A mediação é uma forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. Trata-se de um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo.

A mediação é um procedimento para resolução de controvérsias. Enquadra-se como um dos métodos alternativos à clássica litigância no judiciário - uma ADR (Alternative/ Amicable Dispute Resolution). Consiste num terceiro imparcial (mediador) assistindo e conduzindo duas ou mais partes negociantes a identificarem os pontos de conflito para que possam, posteriormente e de forma mútua, desenvolver propostas que ponham fim ao conflito.

Neste exato sentido, Lília Maia de Morais Sales (2007, p. 47) ressalta o papel dialógico e facilitador do mediador:

> Mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Ora, por consequência lógica, se aos particulares se abre a via alternativa para a solução de controvérsias, com mais razão ainda se deve apregoar a abertura de vias de solução adequadas no que diz respeito às ações possessórias, visto que estas apresentam sério potencial de acirramento de ânimos que desembocam no agravamento dos conflitos agrários.

Entretanto, a audiência de mediação prevista na Lei nº 13.105/15, difere-se ontologicamente dos instrumentos alternativos de resolução de conflitos, como se vê adiante.

Por óbvio deve-se afirmar, peremptoriamente, que a audiência de mediação do art. 565 do NCPC não é um meio alternativo de solução de conflito, a despeito de guardar uma similitude não somente nominativa, mas na característica dialógica que se propõe, com uma teleologia definida, qual seja a tentativa de se construir soluções resolutivas da lide, mormente quando presente a posse velha (Brasil, 2015).

Neste sentido, deve-se tomar como novidade a possibilidade da audiência de mediação no contexto das ações possessórias, prevista, especificamente, no art. 565 do NCPC. Notadamente, não se trata de um meio alternativo, visto a intensa participação do magistrado. Entretanto, nos moldes da norma estabelecida, há uma abertura e até imposição para que outros atores sejam compelidos, quiçá, incentivados a construir soluções para o conflito em pauta, nos termos do art. 565, §4º.

A mediação prevista no art. 565 do Novo Código de Processo Civil, para além de meio alternativo de solução de controvérsia, constitui-se em mecanismo processual para solução de conflito.

Trata-se de mecanismo dotado de maior potencialidade que a atual audiência de justificação da posse, tema já enfrentado na primeira parte deste. A força do instrumento da audiência de mediação, nos termos do art.565, decorre da opção legislativa quanto à sua contextualização tópica, incidência e abrangência de atores a serem envolvidos na solução de determinado caso concreto.

Quanto ao cabimento da audiência de mediação, necessário aclarar que: para o caso de afirmação de posse velha, antes de conceder a medida liminar pleiteada, o juiz deverá designar audiência de mediação e esta deve ser realizada em até trinta dias; e, para o caso de não cumprimento da medida liminar concedida dentro de um ano, então cabível a designação de audiência de mediação. Tal ato é de competência do juízo.

Assim, prevê o dispositivo do NCPC em questão:

> Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2o e 4o (Brasil, 2015).

Quanto às partes, aos atores envolvidos ou que podem ser intimados por força judicial, o legislador levou em consideração a natureza coletiva dos conflitos, alargando a possibilidade de participação de órgãos da administração pública nas mais diferentes esferas para que se manifestem acerca do interesse na causa e a viabilidade de resolução dos conflitos, conforme dicção do art. 565, § 4º:

> § 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório (Brasil, 2015).

Por fim, o mesmo artigo, repete o mecanismo da presença física do juiz, pode se mostrar salutar na compreensão efetiva da extensão do conflito agrário e as consequências que uma decisão pode causar. *In verbis*: "[...]§ 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional" (Brasil, 2015).

Aliás, o deslocamento do juízo até o local do conflito agrário pode ser medida salutar na compreensão da dimensão de determinado problema que envolve questões para além das estreitezas da ambiência jurídica.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Neste sentido, traz-se à cola o voto do Des. Luciano Pinto, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.12.233797-5/001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicado em 08.02.2013:

> No que diz respeito à possibilidade do deslocamento do Juízo até o local do conflito agrário, tal resolução promoveu a modificação do tradicional perfil "magistratura de redoma". Essa medida, ao aproximar o juízo da realidade do conflito e dos envolvidos, além de aumentar significativamente a possibilidade de pacificação social, através da realização de acordos, propicia, em caso de permanência da lide, uma maior compreensão da causa pelo magistrado e, consequentemente, a prolação de decisões mais equânimes e seguras (Minas Gerais, 2013).

As regras estabelecidas quando ao procedimento nas possessórias parecem razoáveis, pois, ante o conflito social deve-se envidar de mecanismos contundentes na resolução de tais litígios.

A natureza jurídica da audiência de mediação do art. 565, apresenta configuração de meio judicial de solução de conflito, donde se objetiva a possibilidade de construção de resolução pela participação das partes e de outros interessados no deslinde da questão. Portanto, é instrumento que visa restabelecer a pacificação e se evitar situações agravantes sociais que marcam os conflitos agrários pela disputa e posse da terra.

Nunca demais lembrar as palavras de Moreira Alves (2002, p. 181) acerca da natureza instrumental do processo, grifando a finalidade de eficiência e efetividade do processo. O instituto da audiência de mediação deve ser concebido nessa mesma vertente instrumental:

> Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.

A audiência de mediação, no contexto de abertura e participação dos atores, harmoniza-se com as características teleológicas do processo, que busca muito mais apreciar a finalidade e escopo do instituto processual, isto é, sua incidência de resolução de conflito, do que uma excessiva valorização do instituto em si, ou de um fetiche acerca da rigorosidade estritamente legal de determinada normatização. Nesse sentido, o processo é instrumento do direito objetivo e da prestação jurisdicional.

Cabe, a seguir, analisar a pertinência prática e o potencial da audiência da mediação em litígios coletivos agrários ou rurais, naquelas situações concretas donde se percebe que o acirramento de ânimos se manifestam pelas mais diversas justificativas, até mesmo pelo desencadeamento das consequências resultantes da judicialização dos conflitos agrários, sobretudo na concretude fática da iminência dos despejos.

Conforme assinala a pesquisa empírica elaborada pela Organização Terra de Direitos (Sauer; Marés, 2014, p. 112), denominada "Casos emblemáticos e experiências de mediação: análise para uma cultura institucional de soluções alternativas de conflitos fundiários rurais", a própria natureza do conflito faz emergir direitos conflitantes e a contradição entre classes sociais em desnuda situação de desigualdade.

A mesma organização grifa, ainda, que neste campo, deveria existir uma efetiva atuação do Estado na pacificação do conflito social e na condução da prestação jurisdicional "*cum granus sallis*", isto é, com a cautela que a situação exige:

> Tratando-se de conflitos referidos ao envolvimento de sujeitos coletivos de direitos, e reivindicações diretamente vinculadas, de um lado, à proteção e garantia de direitos fundamentais, e de outro, à correlata implementação ou consolidação de políticas públicas fundiárias, a questão da mediação e solução pacífica dos conflitos fundiários assume contornos que dizem respeito a toda uma população de grupos vulneráveis, distribuídos por uma diversidade social, econômica, étnica e cultural que desafiam as instituições do Estado Brasileiro em sua função, poder dever, de garantia e proteção dos direitos fundamentais e erradicação das desigualdades sociais enquanto núcleos da atividade estatal e existência social (Sauer; Marés; 2014, p. 112).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Nesse passo, se verificou o descompasso do Código de Processo Civil, instituído em 1973, pois remontava ao contexto histórico em que o país se encontrava submetido à ditadura militar, donde se tratava demandas e conflitos sociais como casos de polícia, a destarte da plena vigência do Estatuto da Terra. Tal situação refletiu na construção legislativa acerca do processo que envolve a normatividade das possessórias, por motivação ideológica.

Ressalte-se que é percuciente a exposição de Cláudia Maria Baré (2014, p. 1), em artigo digital denominado "Intervenção ministerial nas ações versando sobre litígios coletivos pela posse de terras urbanas", sobre a procedimentalização e inoperância fática processual em torno da judicialização de uma possessória, sobretudo, em se tratando de reintegração de posse:

> Diante do panorama legal [...], não é rara a ocorrência de casos em que o proprietário do imóvel urbano ocupado por inúmeras famílias ajuíza ação de reintegração na posse instruindo a petição inicial por documento que comprove a propriedade da área e Boletim de Ocorrência Policial, para provar o esbulho, a data em que ocorreu e a perda da posse. Em sua inicial, o proprietário indica como réus "fulano de tal" e outros, sustentando que não é possível proceder à identificação e qualificação dos ocupantes da área. Com base nessa frágil documentação, o juiz concede a liminar e os ocupantes da área dela só tomam conhecimento quando são surpreendidos pelo Oficial de Justiça, acompanhado de reforço policial, já na data do cumprimento do mandado de reintegração liminar na posse [...].

Basta um exame cognitivo sumário para perceber que as ações possessórias coletivas foram normatizadas como se fossem conflitos individuais, em detrimento dos interesses de todas as partes das relações processuais: (1) para os autores, que alegam a legítima posse, resta a insegurança jurídica decorrente da incerteza do resultado de um processo mais complexo do que aqueles que discutem casos individuais; (2) e para os réus, participantes de movimentos coletivos de ocupação, resta o temor, que via de regra, se concretiza em ações violentas de despejos para cumprimento de mandados de reintegração de posse, inclusive com o uso desmedido da força e violação da integridade física.

Jacques Távora Alfonsin (1998, p. 284), destaca não somente a característica do litígio coletivo pela posse da terra, mas a parcela ou centelha de responsabilidade que pesa sobre o Estado e os atores envolvidos no deslinde da questão agrária marcada pelo conflito, e pontua a mutilação do ordenamento jurídico verificado na procedimentalização e nos julgamentos pronunciados tão somente nas bases insuficientes das ópticas do Direito Civil e Processual Civil:

> O que mais interessa sublinhar aqui, então, é o fato de que, para a maior parte das ações possessórias com grande número de réus pobres, em torno do espaço terra, que estão explodindo hoje no país, mutila o ordenamento jurídico pertinente a tais espécies, a instrução e o julgamento delas, tão só, sob a disciplina do Código Civil e do Código de Processo Civil [...] Para esse desiquilíbrio original, muito mais amplo do que o compreendido pelo objeto da lide e das partes que pleiteiam, parece indispensável reconhecimento de que as últimas o juiz, como representante do Estado, somente encaminharão adequadamente o julgamento do conflito recuperando o sentido original de processo, não só como forma que investiga o passado, mas também com a visão prospectiva dos efeitos decorrentes dos atos que compõem cada feito.

Pois bem, é sobre a égide da vigência do Código de Processo Civil de 1973 que, até aqui se descortinou a reflexão do presente, donde se evidenciou alguns reducionismos processuais que se constituem em obstáculos à adequada prestação jurisdicional e, a nosso ver, contribuem com os fatores que motivam o agravamento dos conflitos agrários, quais sejam: a problemática em torno da citação; a inobservância das audiências de justificação da posse e minimização desta à prova do domínio e não da posse; e, a inefetiva atuação do Ministério Público como garante dos hipossuficientes.

Diante da nova norma prevista no Novo Código de Processo Civil (NCPC), a potencialidade de resolução dos conflitos agrários por meio da audiência de mediação deve ser recebida sem exageradas laudações. Obviamente não se pode reputar a uma definição normativa isolada a força de resolução de um problema social que se arrasta desde o início formação social e histórica do estado brasileiro.

Nesse sentido, pode-se aventar possíveis avanços diante da abertura para a efetiva participação dos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal, e de Município onde se situe

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

a área objeto do litígio, com o escopo de se manifestarem sobre seu interesse na causa e a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

Até aqui, tais órgãos integraram a lide se provocados ou se tomarem a iniciativa de figurar com interesse na causa, ocorrendo quase sempre o deslocamento de instância, incorrendo em demora e procrastinação do feito. Assim, atuam na estreiteza processual admitida da intervenção de terceiros, com ônus de observação das regras limitadas atinentes a tal participação, o que não condiz com uma postura ativa de enfrentamento da questão e contribuição no deslinde dos conflitos agrários.

O Novo Código abre uma perspectiva célere, donde, mediante intimação, os órgãos públicos responsáveis serão intimados para participar e se manifestar na audiência de mediação. Assim, otimiza-se a possibilidade de determinado órgão passar a figurar no processo e contribuir para o deslinde da questão possessória conflitiva.

Portanto, emerge uma nova perspectiva, qual seja a prestação jurisdicional marcada pela abertura e pela dialogicidade, tal como sugere a Pesquisa da Terra de Direitos (Sauer; Marés, 2014, p. 125), cuja indicação bibliográfica acima foi qualificada:

> [...] verifica-se que apenas uma jurisdição dialógica é capaz de compreender, construir e apresentar soluções adequadas para a natureza estrutural do conflito fundiário rural, coordenando, de forma deliberativa, desde uma visão panorâmica, os atores e instituições diretamente implicados no conflito, desbloqueando a execução de políticas públicas, traduzindo, desse modo, para a sociedade a natureza de direitos humanos intrínseca a estes conflitos, e, enfim, garantindo os direitos fundamentais dos sujeitos coletivos de direitos.

Jacques Távora Alfonsin (2003, p. 209), abordando o acesso à terra como direito fundamental, postula, em total acordo com a norma constitucional, que o direito à vida é o principal direito da pessoa humana e que dele decorrem todos os demais direitos humanos, nestes termos "[...] há uma precedência dos direitos humanos fundamentais à vida sobre aqueles do patrimônio e, bem assim, que é relativo o direito adquirido sobre terra enquanto bem de produção, se tal direito estiver violando outros direitos e interesses alheios".

A partir da realidade conflitiva no campo, da insuficiente implementação de políticas públicas e do garantismo jurídico principiológicos da Constituição Federal, infere-se que uma apreciação adequada da problemática agrária poderia ser alcançada com a instituição de uma verdadeira Justiça Agrária, pautada numa nova visão acerca do instituto da propriedade, donde fosse lida mais com a ótica do Direito Agrário. Neste contexto, há que se pensar na necessidade de juízes com mentalidade jusagrarista e com sensibilidade social de entender que o texto normativo como qualquer outro permite diferentes leituras. Desta forma, impõe ao Poder Judiciário e, restritivamente, ao julgador uma nova postura, a saber, distinta do procedimento clássico categoricamente ditado pelo Código Civil.

A Constituição Federal optou por "constitucionalizar" a solução dos conflitos agrários emergentes da atuação dos movimentos sociais, por meio das ocupações de terras (latifúndios) ou de propriedades que não cumprem sua função social (CF, art. 186), de acordo com o art. 126 (Brasil, 1988)[2]. Entretanto, não criou mecanismos de efetivação, delegando aos estados a instalação de varas especializadas e, sugerindo, na exigência casuística da situação concreta a presença física do juiz *in loco*.

2 Cf. Constituição Federal de 1988: "Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio" (Brasil, 1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

Na Introdução do presente artigo, enunciou-se um caminho didático a se percorrer, qual seja a reflexão pautada em torno da audiência de mediação prevista no art. 565 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), que versa como instrumento destinado a dirimir os conflitos possessórios coletivos em torno da posse da terra/imóvel.

Destacou-se que a primeira limitação ou entrave da atuação jurisdicional, verificada na vigência do antigo CPC, diz respeito à citação e à dificuldade em se concretizar a contento tal requisito ante a extrema dificuldade em se trazer uma coletividade para o polo passivo para a composição da relação jurídica. Assim, instalava-se verdadeira insegurança jurídica, pois sem a citação válida, compulsoriamente os réus eram arrolados a um processo eivado *ab initio* de (in)validade e (in)existência jurídica.

Outro ponto enfrentado foi a "inexistente" audiência de justificação de posse, ou quando existente, reduzida à mero ambiente de discussão do domínio e não da posse efetivamente. E, por fim, dedicou-se a analisar a atuação do Ministério Público em conflitos dessa natureza, donde se inferiu que possui não só legitimidade, mas um poder-dever de ação quando envolve a proteção de hipossuficientes.

Vencida a primeira parte, adentrou-se à segunda tarefa, qual seja de se apreciar o art. 565 do Novo Código de Processo Civil e, a partir da futura previsão legislativa, descrever a contextualização, importância e provável incidência do festejado mecanismo da audiência de mediação no âmbito das ações possessórias quando envolver litígio coletivo.

Aclarou-se a contextualização tópica do dispositivo, qual seja nas possessórias de posse velha, antes da concessão de medida liminar pleiteada e, no caso de concedida a liminar, caso essa não seja cumprida dentro de um ano da data de distribuição, deverá o juízo designar audiência de mediação e, em se tratando de conflito coletivo, intimar os órgãos responsáveis e com competência para atuar na solução do conflito possessório.

Ato contínuo, consignou-se o entendimento de que a temática estudada não se constitui meramente em mais um meio alternativo de solução de controvérsias, senão que se constitui em mecanismo judicial de solução de conflito, com abertura da construção dialógica de possíveis soluções a partir da efetiva participação das partes e dos atores sociais e governamentais envolvidos no deslinde da questão.

Percorrido o caminho metodológico rigorosamente traçado, passa-se a algumas conclusões provisórias acerca da temática em pauta.

De início assinalou-se a perspectiva dialética do presente trabalho, sem descuidar do método dedutivo. Assim, nas linhas e entrelinhas deste deparou-se com questões que, para além de uma pretensa hermenêutica neutra, exige tomada de posicionamento, atitude *sui generis* para esse tipo de trabalho acadêmico. Nesse passo, trata-se de posicionamento axiológico, pois remete a situações dramáticas de exclusão e de negação da dignidade daqueles que vêem no labor da terra a forma autêntica de sobrevivência.

No confronto histórico e na legislação resultante em dado momento, aclarou-se a fenomenologia do evento, qual seja a de se constituir em possibilidade e espaço de diálogo para a construção de possíveis soluções.

Nesse sentido, ainda que a construção de soluções adequadas dependa de mudanças na correlação de forças para ser efetivada, deve-se grifar a possibilidade de se ampliar a interlocução entre os diferentes segmentos da sociedade e dos poderes e órgãos públicos para que sejam consideradas as diferentes perspectivas envolvidas nos conflitos; e relacionar prevenção e mediação, por meio da afirmação das causas estruturais dos conflitos fundiários e, assim, numa espécie de rede, fortalecer o diálogo entre as partes envolvidas.

Em termos de apontamentos de sugestão, no sentir dos autores, a sistemática processual do Novo Código de Processo Civil, no que tange às possessórias

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

que envolve litígios coletivos, deveria assumir a perspectiva das denominadas "decisões estruturantes"[3] (ou estruturais) aplicadas nalguns casos concretos sobre litígios públicos que demandam aplicação de políticas públicas. Guardadas as devidas proporções, os litígios coletivos possessórios exigem bem mais do Judiciário do que a mera prolatação de uma sentença terminativa, que exarada de maneira açodada, agrava ainda mais o conflito social.

Finalmente, se o Estado, que detém o monopólio da jurisdição, é responsável pela prestação jurisdicional como forma de solucionar e dirimir conflitos, então, impõe como tarefa a este, em última análise, a tarefa não só de exercer o *jus puniendi* advindo do conflito agrário, mas, sobretudo o múnus de adotar mecanismos eficazes de promoção do acesso à justiça nos casos dos conflitos agrários por meio de uma Justiça Especializada Agrária.

Assim, ao lado de uma verdadeira política de Reforma Agrária, dever-se-ia conceber a possibilidade de resolução judicial das demandas advindas pela posse da terra, bem como de prover os órgãos com missão de pacificação social por meio de instrumentos conciliatórios, tais como a valorização da Mediação de Conflitos levada a cabo pelas Ouvidoria Agrárias que atuam no âmbito do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) nos Estados, quiçá a instalação de Varas Agrárias com competência sobre os conflitos desta natureza e com juízes itinerantes com formação específica para tal desiderato.

A conclusão é de que a aplicação efetiva da função social da terra depende de uma correlação de forças, onde os Movimentos Sociais e Movimentos Populares envolvidos devem exercer um protagonismo vindicatório, ainda que isso signifique a adoção de instrumentos de questionamento do sistema e de exercício da desobediência civil nos marcos democráticos.

3 Para uma pesquisa sobre as "decisões estruturais" (Arenhart, 2017).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

ALFONSIN, Jacques Távora. **O direito agrário em debate**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 2.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1. Região**, Brasília, DF, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/handle/2011/109152. Acesso: 5 jul. 2016.

BARÉ, Cláudia Maria. **Intervenção ministerial nas ações versando sobre litígios coletivos pela posse de terras urbanas**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2014. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/INTERVENOMINISTERIALNASAES-VERSANDOSOBRELITIGIOS.pdf. Acesso em: 11 jun. 2016.

BERCLAZ, Márcio Soares. O Ministério público em segundo grau diante do enigma da esfinge e da constituição da república decifra-me ou devoro-te. *In*: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil.htm. Acesso em: 11 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.415, de 23 de dezembro de 1996**. Dá nova redação ao inciso III do art. 82 da lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9415.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.415%2C%20DE%2023,Art. Acesso em: 11 jun. 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 8, t. 3.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. **Agravo de instrumento 7951-6**. Desembargador Cruz Quintal, 27 nov. 1989. **Forense**, Belo Horizonte, v. 308, p. 152, 1989.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Mandado de Segurança n. 883. Relator Walter Veado, 19 out. 1982. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 15, 1982.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2001;3000602376. Acesso em: 11 jun. 2016.

PASSOS, Cynthia Regina L.; FOWLER, Marcos Bittencourt. O ministério público e o direito à terra. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SALES, Lília Maia de Morais. A mediação de conflitos e a pacificação social. *In*: SALES, Lília Maia de Morais (org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2007.

SAUER, Sérgio; MARÉS, Carlos Frederico (coord.). **Casos emblemáticos e experiências de mediação**: análise para uma cultura institucional de soluções alternativas de conflitos fundiários rurais. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. (Relatório Terra de Direitos).

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.49426

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

PROCESSOS ESTRUTURAIS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: ANÁLISE DE CONTEÚDO DE MEDIDAS CAUTELARES CONCEDIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TRÊS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

STRUCTURAL LITIGATION AND DEMOCRATIC LEGITIMACY: A CONTENT ANALYSIS OF INTERIM MEASURES BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN NON-COMPLIANCE WITH THREE FUNDAMENTAL PRECEPT CASES

Robert Augusto de Souza

Doutorando em Direito na Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), Campus Franca. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UFMG). E-mail: robert.souza@unesp.br.

Daniel Damasio Borges

Doutor em Direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-docência em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Associado de Direito Internacional Público da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), Câmpus de Franca, sendo vinculado aos Programas de Graduação em Direito e em Relações Internacionais e de Pós-Graduação em Direito. E-mail: daniel.damasio@unesp.br.

Como citar: SOUZA, Robert Augusto de; BORGES, Daniel Damasio. Processos estruturais e legitimidade democrática: análise de conteúdo de medidas cautelares concedidas pelo supremo tribunal federal em três arguições de descumprimento de preceito fundamental. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 39-56, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.49426. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A discussão relativa aos processos estruturais vem ganhando relevância nas pesquisas em Direito nos últimos anos a partir do julgamento de ações de grande impacto, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar como o STF interpreta o seu próprio papel nos marcos da divisão funcional dos Poderes ao decidir processos de natureza estrutural no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Como objetivos específicos, pretende-se (i) compreender os usos do instituto da medida cautelar em processos de controle concentrado; e (ii) verificar se (e como) o Tribunal vem se afastando de modelos tradicionais de processo ao enfrentar casos de natureza estrutural. Em termos metodológicos, o trabalho utiliza ferramentas da análise de conteúdo de matriz categorial, tomando por objeto decisões cautelares proferidas pelo STF em três Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Os resultados apontam que o STF tem adotado uma interpretação alargada do artigo 5º, §3º, da Lei n. 9.882/99, estabelecendo medidas não previstas em lei e atuando na implementação de políticas públicas para assegurar o cumprimento de valores constitucionais privilegiados, tais como a saúde pública, a segurança pública e a dignidade humana. Todavia, o conteúdo e a natureza das medidas deferidas estão afinados ao perfil adjudicatório ou negocial adotado pelos relatores de cada processo.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; controle concentrado de constitucionalidade; processo estrutural.

Abstract: Debate over structural litigation has gained relevance in legal investigations in recent years, particularly due to the adjudication of lawsuits with far-reaching impacts, especially by the Supreme Federal Court (STF). In this context, this article aims to analyze how the STF interprets its own role within the separation-of-powers framework when deciding structural cases in abstract judicial review. As specific objectives, we seek to (i) understand the use of interim measures in abstract judicial review; and (ii) determine whether (and how) the Court has deviated from traditional procedural rules when deciding structural cases. Methodologically, the article employs tools of categorical content analysis to examine interim measures granted by the STF in three claims of non-compliance with fundamental precepts (ADPF). The results indicate that the Court has adopted a broad interpretation of Article 5, Section 3, of Act No. 9.882/99, granting interim measures without explicit legal textual support. Furthermore, the Court has actively engaged in the implementation of public policies to uphold privileged constitutional values, such as public health, public safety, and human dignity. However, the content and nature of the measures granted by the Court align with the case-by-case adjudicatory or bargaining approach adopted by the rapporteur in each lawsuit.

Keywords: constitutional jurisdiction; abstract judicial review; structural litigation.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, diversas críticas vêm sendo endereçadas ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal (STF), sob as rubricas de "ativismo judicial" e "judicialização da política". Isto se deve ao ascendente protagonismo dos juízes na resolução de questões impregnadas de dilemas econômicos, ideológicos, morais e políticos, embora ainda subsista a controvérsia institucional e teórica em torno da legitimidade do Judiciário para debater questões alegadamente externas ao campo do Direito.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar como o STF vem interpretando o seu próprio papel nos marcos da divisão funcional dos Poderes ao decidir processos de natureza estrutural, dotados de grande repercussão jurídica, política e social, independentemente de intermediação legislativa, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Esse recorte se deve ao fato de que grande parte das pesquisas até então realizadas no Brasil se concentra em debater a temática dos processos estruturais a partir de ações civis públicas e, no âmbito do STF, em recursos extraordinários.

Para tanto, a primeira seção do artigo aborda teoricamente a discussão relativa à autoridade democrática dos juízes para desenhar soluções para as demandas oriundas do constitucionalismo social, que impôs ao Estado a adoção de medidas concretas para realizar valores constitucionais. No segundo intertítulo, abordamos a questão do controle judicial sobre políticas públicas e a relação deste tema com os denominados processos estruturais. Por fim, a terceira seção analisa decisões do STF em sede de controle concentrado, examinando o conteúdo de medidas cautelares emitidas à luz de perfis institucionais descritos pela literatura.

1 PODER JUDICIÁRIO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O papel designado ao Judiciário nos marcos da divisão funcional dos Poderes tem sido objeto de sensíveis desacordos ideológicos, jurídicos, morais e políticos no Brasil e no mundo há mais de um século, principalmente com o surgimento do denominado "constitucionalismo social" a partir das Constituições do Haiti, do México e de Weimar.

Na experiência brasileira, a questão envolve, principalmente, o alcance semântico e a harmonização das normas contidas nos artigos 2º, 5º, inciso XXXV, e 60, §4º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que preconizam a divisão funcional dos Poderes e a inafastabilidade da jurisdição como cláusulas pétreas na ordem jurídica nacional.

Como bem pontuado por Jane Reis Pereira (2018), a conciliação entre tais disposições requer a solução de uma controvérsia central: definir se o Judiciário deve adotar uma postura contida ou ativa no processo de produção normativa, isto é, de criação de distintas normas na aplicação dos textos normativos.

Nesse sentido, Eros Roberto Grau (2006) defende que a atuação do juiz não se restringe à descoberta de um conteúdo normativo previamente formatado pelo legislador; pelo contrário, a completa distinção entre texto e norma resultaria na possibilidade de que o intérprete produza distintas normas a partir de um mesmo texto normativo. Em outras palavras, a aplicação e a concretização do Direito envolveriam, necessariamente, uma atividade criativa que é inerente e simultânea ao processo hermenêutico.

Apesar de estruturante, essa discussão não é nova nem exclusiva da realidade brasileira: pelo contrário, o próprio Mauro Cappelletti já apontava, há mais de trinta anos, para o fato de que o alargamento do Poder Judiciário é diretamente proporcional à expansão dos próprios Estados, os quais vêm angariando uma posição social de prestígio e autoridade sobre a vida comum, em especial diante das prestações positivas que lhe são exigidas pela comunidade a fim de concretizar ideais coletivos, dentre os quais se destacam a paz, a justiça e a dignidade. Nesse contexto, o autor adverte que a expansão da autoridade judiciária na criação normativa é um fenômeno necessário para o sistema de freios e contrapesos, sem o qual os Poderes políticos atuariam sem qualquer limitação aparente. Daí

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

por que, segundo ele, o problema não diz com a atividade criativa dos juízes, mas está situado na esfera "do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários" (Cappelletti, 1999, p. 21).

A discussão trazida por Cappelletti é mais interessante e profunda que a dicotomia entre juízes "ativistas" e "bocas-da-lei", visto que parte de uma premissa central: a indeterminação do Direito reclama soluções criativas e particularizadas na sua aplicação prática[1].

O problema consiste, portanto, em saber quais os limites impostos à formulação judicial de soluções para os problemas sociais, ou, ainda, definir se há certas controvérsias cuja solução deve ser necessariamente modelada por órgãos não judiciais. Na base dessas questões está a acepção liberal-burguesa que demarca a Teoria do Estado construída nos lindes das Revoluções francesa e norte-americana, a qual imporia observância a uma formatação tripartida e estanque de Poderes, na qual os juízes exerceriam uma função exclusivamente concretizadora do Direito, cuja formulação incumbiria privativamente aos órgãos políticos do Estado.

Tal definição de Direito está, ainda, relacionada uma visão clássica de democracia representativa, segundo a qual as normas jurídicas operam como instrumentos de pacificação social, vocacionadas a dirimir conflitos de maneira não arbitrária com suporte em regras objetiva e racionalmente formuladas. Nessa perspectiva, conferir a autoridade de normatização exclusivamente ao Poder Legislativo significaria garantir que os rumos do país sejam ditados por mandatários eleitos pelo povo, e não por magistrados cuja investidura ocorre à revelia de controle direto pela população.

Desse ideário surgem duas consequências distintas para a atuação judicial. A primeira delas é o "interpretativismo", corrente hermenêutica desenvolvida nos Estados Unidos, cuja premissa fundamental é a inexistência de normas e valores implícitos nos textos normativos. A propósito, lê-se no clássico texto de Antonin Scalia (1997, p. 22): "É simplesmente incompatível com a teoria democrática que as leis signifiquem qualquer coisa que pensemos que elas devam significar, bem assim que juízes não eleitos decidam o que o Direito é".

Nessa linha, eventual omissão normativa não poderia ser preenchida pelos juízes, que não deteriam autoridade para modificar o sentido das normas ou para fazer escolhas normativo-axiológicas a partir da extração de comandos não veiculados expressamente pelo legislador. Nesses casos, eventual solução de injustiças haveria de ser reivindicada pelos grupos e indivíduos interessados por intermédio do sistema de representação política[2].

Por outro lado, as pretensões de confinamento do Judiciário à função concretizadora vêm dando forma ao denominado "institucionalismo", defendido por autores como Richard Posner (1996), Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), que preconizam a incompetência dos juízes para sindicar decisões tomadas por instâncias políticas e técnicas de outros Poderes do Estado. Segundo essa visão, o Judiciário, sem que haja expresso fundamento normativo, deve adotar uma postura deferente aos processos decisórios levados a efeito fora da província do Direito, sob pena de usurpar competências que não lhe foram deferidas pela Constituição[3].

Tais posições compõem, em síntese, o núcleo do argumento contra o controle de constitucionalidade, sumarizado no famoso artigo de Jeremy Waldron (2006): a falta de legitimidade democrática dos juízes para tomar decisões descoladas do significado possivelmente discernível dos textos normativos[4].

1 Tampouco abordo neste ensaio a posição do próprio Hans Kelsen (1999), segundo o qual a norma de decisão advinda do provimento judicial constitui um ato de vontade do magistrado.

2 As consequências dessa visão podem ser ilustradas pela recente decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), na qual a maioria do tribunal derrubou o precedente firmado em *Roe v. Wade* (1973) argumentando que a Constituição norte-americana não contempla expressamente um direito fundamental ao aborto, que haveria de ser eventualmente regulamentado pelo Poder Legislativo no âmbito dos estados.

3 A deferência aos espaços de ação discricionária dos Poderes Executivo e Legislativo pode ser encontrada desde *Marbury v. Madison* (1803), mas vem sendo explorada em decisões de matriz institucionalista em diversos assuntos, desde o controle judicial de políticas públicas – na Suprema Corte dos EUA, *SEC v. Chenery Corp* (1947) e *Chevron v. NRDC* (1984); no Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 825/DF; no Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AgInt na SLS n. 2.240/SP (2017) – até a concessão de anistia a agentes públicos – no Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF.

4 No original, *the core of the case against judicial review.*

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Entretanto, essa visão de democracia centrada exclusivamente na representação vem sofrendo questionamentos importantes desde a segunda metade do século XX. De acordo com Charles Tilly (2007), o surgimento e a expansão das demandas por reconhecimento de direitos a partir de grupos sociais historicamente marginalizados exigem um adensamento do conceito de democracia, cujos contornos tradicionais são insuficientes, à luz da complexidade do real e das desigualdades estruturais que permeiam as sociedades vincadas no capitalismo dependente.

Para o autor, é possível mensurar o grau de democratização no interior do Estado a partir do cotejo de quatro fatores: (i) a "amplitude", que procura saber a extensão em que o conjunto de demandas sociais se manifesta socialmente e em face do Poder Público; (ii) a "igualdade", que pretende verificar o quão equitativamente os diferentes grupos sociais experimentam a tradução de suas demandas em ações positivas do Estado; (iii) a "proteção", ou seja, medida em que a veiculação e a extensão dessas demandas recebem a proteção política do Estado; e (iv) os "consensos mutuamente vinculantes", isto é, o quanto o processo de tradução envolve, dialogicamente, grupos sociais e Estado (Tilly, 2007).

Os fatores elencados por Tilly fornecem uma prognose importante quanto aos resultados deletérios que podem decorrer da constrição hermenêutica exigida pelo interpretativismo e pelo institucionalismo. No Brasil, a baixa representatividade do Congresso Nacional tem provocado um redirecionamento de demandas sociais ao Poder Judiciário por parte de grupos historicamente marginalizados, os quais têm exigido do sistema de justiça respostas jurídicas à discriminação estrutural e à negação sistemática de acesso a bens materiais com fundamento num conjunto de cláusulas abertas presentes na Constituição Federal de 1988, em especial a igualdade, a liberdade e a dignidade humana.

Konrad Hesse (1991), ao examinar a experiência de Weimar, já havia explicitado a origem teórico-política de tais demandas: a Constituição contempla, além de normas jurídicas e critérios de organização política e funcional das instituições públicas, um sistema cultural, ou seja, um acervo de valores sociais privilegiados, os quais são compilados pela Assembleia Nacional Constituinte e, por consequência, retêm uma força normativa própria, geradora de um projeto sociopolítico vinculante para o presente e o futuro (a "vontade de Constituição").

Disso decorre que o Judiciário, que retira sua autoridade do texto constitucional e cujas funções essenciais são, justamente, a defesa e a implementação na realidade dos comandos exarados pelo ordenamento jurídico, está incumbido de assegurar a concretização desses valores[5], especialmente nas circunstâncias em que os demais Poderes silenciam a esse propósito, sob pena de conferir supremacia aos ocupantes circunstanciais de cargos eletivos em detrimento da durabilidade, da higidez e da legitimidade da própria Constituição.

Como apontado por Owen Fiss (2004, p. 120):

> Atualmente, as dúvidas acerca da existência dos valores públicos são crescentes; tudo é interesse individual e o modelo de solução de controvérsias, assim como o "Estado vigia noturno", acomoda tais dúvidas. Ambos fornecem fácil asilo para todos aqueles que ignoram ou minimizam o papel dos valores públicos na nossa vida social e a necessidade do poder estatal para a concretização desses valores. O problema consiste em que, se retrocedermos e aceitarmos a privatização de todos os fins ou negarmos ao Estado o poder para a concretização dos referidos valores, os quais podem ser merecidamente considerados públicos, empobreceremos nossa existência social e minaremos importantes planos institucionais. O Judiciário restaria sem os meios necessários à proteção contra as ameaças impostas pelas burocracias do Estado moderno e a Constituição degradada. A Constituição seria vista, não como a incorporação de uma moralidade pública, mas simplesmente como instrumento de organização política – distribuindo poder e prescrevendo os procedimentos pelos quais ele deve ser exercido. Tal desenvolvimento deve ser inteira e enfaticamente evitado; pode e deve ser evitado, contudo, para fazê-lo bem, precisamos redescobrir o significado e o valor de nossa vida pública.

A advertência de Fiss dialoga diretamente com as duas condições essenciais estabelecidas pelo próprio Waldron (2006) em sua crítica à *judicial review*: (i) o funcionamento regular das instituições "democráticas"; e (ii) um compromisso com direitos por parte dos órgãos políticos. Sem que tais fatores estejam em plena

5 Especialmente o Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe, "precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, *caput*, CRFB).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

funcionalidade no interior do Estado, a ausência de uma instância estatal revestida de autoridade para determinar a concretização dos valores constitucionais implicaria a subversão do próprio sistema, porquanto a eficácia dos comandos normativos exarados pela Constituição estaria condicionada à vontade arbitrária (e, portanto, não democrática) de agentes políticos.

Nesse aspecto, estudos em profundidade realizados no Brasil, tais como a tese de doutoramento de Clarissa Tassinari (2016), indicam que pautas moralmente carregadas implicam silêncios propositais por parte do Executivo e do Legislativo, os quais evitam abordar matérias socialmente sensíveis para evitar o acirramento de ânimos de suas bases eleitorais.

Em contrapartida, tais ramos do Estado consentem implicitamente com a "supremacia judicial", ou seja, com a assunção de protagonismo pelos magistrados na tutela de interesses pouco atrativos em termos de discussão política. Nesse processo, congressistas e integrantes da burocracia administrativa redirecionam os reflexos negativos da tomada de decisão à litigância judicial, que não pode negar resposta aos casos por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988.

A falta de compromisso com direitos no Brasil também pode ser ilustrada pelo represamento de propostas legislativas tendentes a assegurar direitos a grupos minoritários[6]. Na seara do Poder Executivo, o trabalho desenvolvido por Luciana Zaffalon Leme Cardoso (2017) demonstrou como o Governo do Estado de São Paulo mobiliza suas capacidades de gestão do orçamento público e utiliza abusivamente o instrumento processual da suspensão de segurança[7] para cercear a implementação de políticas públicas favoráveis à população carcerária.

Tais evidências admitem a conclusão, portanto, de que o Judiciário, ao receber e tutelar demandas sociais provindas da omissão sistemática dos demais Poderes, cumpre um papel relevante de concretização de valores democráticos, em especial os vetores de "amplitude" e "igualdade" informados por Tilly, o que lhe outorga plena legitimidade para garantir observância à vontade de Constituição.

Diante dessas circunstâncias, a judicatura, notadamente as Cortes Supremas, tem realizado uma releitura do "código do Direito", isto é, das vias procedimentais e dos perfis institucionais existentes no ordenamento jurídico, a fim de assegurar a supremacia da Constituição, independentemente de intermediação legislativa. Como adverte José Rodrigo Rodriguez (2013), esse fenômeno demonstra que o apego à visão liberal-burguesa de Estado é uma postura filosófico-ideológica, e não um marco intransponível à evolução do Direito em face da complexificação de demandas sociais.

Tal releitura apresenta inúmeros desdobramentos, vários dos quais são objeto de estudo em outras áreas do saber, mas dentre os quais se destacam a interpretação extensiva de cláusulas constitucionais abertas para reconhecer direitos a certos grupos[8] e, mais recentemente, a intervenção direta nos processos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas. Esse segundo aspecto da questão é o objeto da seção seguinte.

6 Exemplificativamente, o Projeto de Lei n. 122/2006, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP), que propunha a tipificação dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Esse PL tramitou durante oito anos até ser arquivado sem votação pelo Plenário do Senado Federal. A questão foi resolvida, ainda que provisoriamente, pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF e no Mandado de Injunção n. 4.733/DF, de relatoria dos ministros Celso de Mello e Luiz Edson Fachin, em que o tribunal reconheceu o enquadramento penal de condutas LGBTIfóbicas pela Lei n. 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

7 A suspensão de segurança é um incidente processual de natureza político-administrativa previsto na Lei n. 7.437/1985 e reproduzido pelas Leis n. 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009. Tal ferramenta permite que o ente público afetado por uma decisão judicial solicite a suspensão desse ato ao Presidente do Tribunal respectivo em casos de "manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

8 Vide, por exemplo, as decisões do Supremo Tribunal Federal que reconheceram a constitucionalidade de uniões civis entre pessoas do mesmo sexo – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ (2011) –, o direito de pessoas travestis e transgênero à retificação do nome nos assentamentos civis independentemente de cirurgia de adequação sexual – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275/DF e Recurso Extraordinário n. 670.422/RS (2018) – e o enquadramento de condutas LGBTIfóbicas nos tipos penais previstos pela Lei n. 7.716/1989 – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF e Mandado de Injunção n. 4.733/DF (2019).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

2 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, PROCESSOS ESTRUTURAIS E CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A assunção de deveres jurídicos de ação positiva por parte do Estado nos marcos do constitucionalismo social desde a primeira metade do século XX originou um novo campo de atuação para as instituições governamentais centrado na ideia de política pública, isto é, o conjunto de atividades desempenhadas pelos agentes públicos em prol das finalidades do Estado elencadas na Constituição e nas leis editadas pelo Parlamento.

Essa definição tradicional do conceito de política pública está intimamente coligada à noção de discricionariedade, que consiste na margem cinzenta de autoridade outorgada aos agentes públicos no processo deliberativo e que retira sua legitimidade, outra vez, da concepção de democracia representativa.

Partindo dessas premissas, estudos clássicos sobre Direito e Políticas Públicas no Brasil, dentre os quais se destaca o célebre ensaio de Ada Pellegrini Grinover (2010), apontam diretrizes similares para a limitação do poder judicial em termos de controle das estratégias formuladas pelos ramos políticos do Estado para a implementação dos fins públicos: a "razoabilidade", ou seja, a existência de uma base racionalmente aceitável para a política desenhada, e a "reserva do possível", isto é, a constatação de que a realização prática de direitos sociais está condicionada à existência de recursos materiais.

Tais parâmetros se associam, também, ao fato de que a adjudicação e os processos de natureza "política" apresentam diferenças sensíveis na forma de solucionar conflitos sociais. Isto porque, como já advertiam Lon Fuller e Kenneth Winston (1978), a pacificação de interesses por intermédio da deliberação judiciária é a única que exige, necessariamente, o cotejo entre argumentos racionais e objetivamente examináveis, expediente inexigível quando a acomodação de vontades se dá a partir do sufrágio e da barganha. Daí por que o Judiciário não teria condições de reexaminar o mérito da decisão eminentemente política, pois a racionalidade não perfaria requisito indispensável no âmbito das instâncias "democráticas".

Essa leitura estanque de papeis institucionais no campo das políticas públicas vem encontrando respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Um exemplo interessante em que a Corte adotou essa perspectiva foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 336 (Brasil, 2021a), relator o ministro Luiz Fux, em que foi examinada a compatibilidade do artigo 29 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), que estabelece um piso de ¼ (um quarto) do salário-mínimo para a remuneração do preso que exerça atividade laborativa, com o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal.

Naquela oportunidade, o Tribunal julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Consta da ementa do acórdão:

> O controle judicial de políticas públicas deve preservar o âmbito de liberdade interpretativa do legislador em homenagem ao princípio democrático (artigo 1º, *caput*, da CRFB), ante a ubiquidade e a indeterminação semântica caracterizadoras do texto constitucional, porquanto a multiplicidade de vetores estabelecidos pelo constituinte, a serem promovidos com igual importância pelas instâncias democráticas, obriga o Parlamento à realização de escolhas políticas em matérias que normalmente carecem de certeza empírica quanto aos seus impactos na promoção daqueles valores constitucionais. A margem de conformação do Parlamento aos ditames constitucionais na formulação de políticas públicas é ampla, máxime quando não há consenso científico sobre os efeitos da mesma adotada em relação ao bem-estar social, o que sói ocorrer no exame do salário mínimo quanto à distribuição da riqueza entre os trabalhadores e ao eventual aumento nos índices de desemprego (.Brasil, 2021a, p. 2)

Idêntico expediente hermenêutico foi adotado pela Corte ao decidir a ADPF n. 825, relator o ministro Kássio Nunes Marques, em que se discutia a possibilidade de dispensa de estudos ambientais em licitação de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural:

> Ante os princípios da separação dos poderes, da eficiência administrativa e da razoabilidade, cabe ao Supremo atuar com cautela e com deferência à capacidade institucional do administrador quanto às soluções encontradas pelos órgãos técnicos, tendo em vista a elaboração e implementação de política pública de alta complexidade e elevada repercussão socioeconômica (Brasil, 2021b, p. 1-2).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Mas essa posição não é unânime, mesmo no interior do próprio STF, que vem emitindo diversos julgados admitindo o controle jurisdicional de políticas públicas tanto em caso de omissão dos demais Poderes[9] como nas hipóteses de proteção insuficiente de garantias constitucionais[10]. Além disso, a interpretação do conceito de políticas públicas no campo do Direito tem superado a mera abstração de fins estatais, avançando para pensar tais políticas como o "processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição de interesses públicos reconhecidos pelo direito" (Bucci, 2006, p. 264) e, mais que isso, como "expedientes de coordenação estratégica da ação governamental, em seus vários focos de competência e decisão (União, Estados, Municípios, entes privados), sem os quais seria impossível materializar os direitos fundamentais" (Bucci, 2019, p. 812).

Pensadas, pois, as políticas públicas como ferramentas indispensáveis para a materialização da própria Constituição, o Judiciário tem atuado historicamente na tutela de interesses difusos e coletivos, interferindo diretamente no planejamento, na execução e na avaliação de medidas públicas relacionadas a direitos fundamentais.

Nos Estados Unidos, as *class actions* surgiram no século XX como um gargalo para o atendimento de interesses coletivos pela via judicial. Mas não só: na Suprema Corte daquele país, processos individuais de índole subjetiva também se notabilizaram pela expansão de seus efeitos a nível nacional, destacando a decisão em *Brown v. Board of Education* (1954), que ordenou a dessegregação racial de escolas públicas e estabeleceu balizas para acompanhamento continuado da implementação da ordem judicial pelo Poder Executivo.

No Brasil, Cândido Rangel Dinamarco (2000) aponta que o controle judicial do mérito de atos administrativos teve início com a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), tendência que se expandiu a partir da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). Tais atos normativos compõem um microssistema de tutela de interesses difusos e coletivos, o qual contempla, dentre outras medidas expansivas do poder judicial, a atribuição de eficácia *erga omnes* à sentença proferida na ação (artigo 16 da LACP).

Um dos casos mais antigos no país com esses contornos é a chamada "ACP do Carvão", ajuizada perante a Justiça Federal de Santa Catarina contra a União e as empresas do ramo carbonífero atuantes naquele estado. A sentença, embora reformada parcialmente pelas instâncias superiores, fixou diversas obrigações em termos de reparação de danos e mitigação dos graves impactos ambientais gerados pela atividade poluidora, atingindo, por consequência, um conjunto indeterminado de indivíduos afetados pela atuação das empresas e pela omissão do Poder Público. Além disso, a decisão delineou uma fase de acompanhamento judicial da implementação das medidas determinadas, sob supervisão do Ministério Público Federal.

Na análise de Sérgio Cruz Arenhart (2017), o referido processo trouxe implicações relevantes, a despeito da inexistência de um procedimento próprio e adequado para demandas de natureza coletiva e estrutural, o que acarreta dificuldades teórico-jurídicas ao pensarmos a condução do processo à luz dos princípios da adstrição e da demanda (limitação do juiz aos exatos termos do pedido) e dos efeitos favoráveis ou deletérios da coisa julgada em face de indivíduos não integrantes da relação jurídico-processual.

Isto se dá porque, ao determinar a formulação ou exercer controle sobre políticas públicas, o "provimento jurisdicional, portanto, deverá servir de ponte de ligação entre o bem da vida constitucionalmente tutelado e a disponibilização respectiva a todos os componentes do grupo social" (Canela Junior, 2009, p. 126).

Esses problemas se potencializam nos chamados "processos estruturais", definidos por Edilson Vitorelli Lima (2015) como aqueles que envolvem a alte-

9 Por exemplo, o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n. 701.353/RN, relator o ministro Luiz Fux, em que o Tribunal declarou que a imposição judicial de medidas de prevenção e combate à dengue no município de Natal não ofende o princípio da divisão funcional de Poderes.

10 Dentre outros, o Recurso Extraordinário n. 858.075/RJ, relator o ministro Marco Aurélio Mello, que afirmou a possibilidade de determinação judicial estabelecendo a obrigatoriedade na aplicação de percentual mínimo de recursos na área da saúde.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ração da própria estrutura burocrática cujo funcionamento é a causa eficiente e necessária da violação do direito. Nessas circunstâncias, uma flexibilização dos postulados que balizam o tradicional processo de natureza linear e adversarial seria necessária para melhor acomodar os interesses envolvidos.

De acordo com Abram Chayes (1976), essas demandas se distinguem do modelo clássico de processo civil individual, na medida em que a tutela jurisdicional se desloca do campo da reparação de danos pretéritos para a resolução de problemas futuros a partir de critérios flexíveis e desenhados de forma casuística.

Além disso, estudos na doutrina processual brasileira vêm defendendo um procedimento diferenciado para assegurar a efetividade da decisão de natureza estrutural, a saber: (i) a formulação de um plano de cumprimento da decisão judicial, no qual sejam fixados metas, prazos e mecanismos para implemento das providências estabelecidas no provimento jurisdicional; (ii) a criação de normas assecuratórias da participação dos interessados no bem da vida atingido pela ordem judicial; (iii) o estabelecimento de um regime de transição; e (iv) o estabelecimento de instrumentos de fiscalização e avaliação das ações tomadas no âmbito da estrutura burocrática para atender ao conteúdo da decisão (Didier Junior; Zanetti Junior; Oliveira, 2020; Salles, 2020; Zufelato; Francisco, 2020).

Como se vê, a atuação do juiz num processo estrutural se distancia do modelo presidencial e autoritativo das ações individuais, na medida em que o magistrado passa a atuar diretamente nas negociações relativas ao melhor modelo de reforma da estrutura burocrática, afastando-se do modelo adjudicatório, em que a decisão é formulada e emitida unilateralmente, e ingressando no sistema de barganha que é inerente à solução política de conflitos sociais complexos.

Nesse aspecto, a definição de Colin Diver (1979, p. 64, tradução nossa):

> Diretamente ou, mais frequentemente, por meio de agentes nomeados, os tribunais têm se engajado num processo contínuo e amplamente informal de obtenção de *feedback* e de realização de ajustes. As cortes, em outras palavras, têm assumido silenciosamente um papel que, embora ainda revestido da retórica autoritária do modelo adjudicatório, se ampara, na verdade, num modelo fundamentalmente distinto de ajustamento social, fincado essencialmente na troca. Essa abordagem adota como seus alicerces estratégicos uma crença em que o processo de reforma seja uma série de jogos de barganha contínuos e interativos, e não a implementação de diretivas normativas. A ação institucional, sob esse ponto de vista, não surge como um conjunto de respostas a comandos de uma autoridade, mas como o resultado de um processo negocial. Essa visão de mudança social compele o juiz a abandonar inibições tradicionais e a explorar a capacidade da litigância para estruturar processos políticos externos. Um novo modelo emerge, no qual o juiz se torna um jogador ativo, num negociador de poder[11], cujo objeto é realocar o poder entre os jogadores em outros jogos.

Buscando avançar nesse debate, o qual está confinado a processos judiciais de matriz subjetiva iniciados em primeiro grau de jurisdição, o intertítulo seguinte discutirá como o Supremo Tribunal Federal vem atuando em demandas de natureza estrutural em sede de controle concentrado de constitucionalidade, seara na qual a Corte não vinha admitindo, até então, a tutela de interesses subjetivos[12], mas apenas a aferição abstrata de validade de normas jurídicas em face da Constituição Federal. Todavia, a última década revelou uma aparente guinada na interpretação do STF, com destaque para os contornos e ao alcance da arguição de preceito fundamental, especialmente em sede de medida cautelar.

Nos termos do artigo 102, §1º, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 9.882/1999, é cabível o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A medida também conta com um requisito de subsidiariedade, previsto no artigo 4º, §1º, da Lei n. 9.882/1999, que preconiza ser incabível a arguição "quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". Interpretando esse pressuposto, o ministro Gilmar Mendes, a partir de uma análise de direito com-

11 Do original, *powerbroker.*

12 Dentre outros, ADPF n. 854-MC-Ref/DF, relatora a ministra Rosa Weber, em que o Tribunal entendeu inviável examinar supostos ilícitos praticados por parlamentares envolvidos no "orçamento secreto".

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 39-56. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.49426

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

parado, afirma que, "se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa) meio eficaz de sanar a lesão, parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata" (Mendes, 2008, p. 19)[13].

Desde a regulamentação do instituto[14], é interessante observar a ampliação do espectro de demandas passíveis de exame no âmbito da ADPF, que deixou de operar exclusivamente como um mecanismo adicional de controle abstrato de higidez constitucional de normas jurídicas autônomas. Ao longo dos anos, o alcance da ADPF vem se ampliando em velocidade diretamente proporcional à complexificação dos litígios submetidos à apreciação do STF. Destaco, por exemplo, a polêmica em torno da utilização do recurso de interpretação conforme à Constituição no caso da interrupção voluntária da gravidez de fato anencefálico, tendo a maioria dos ministros decidido, após acaloradas discussões, pela admissibilidade da ação[15].

Nesse sentido, ganha relevância o artigo 5º, §3º, da Lei n. 9.882/1999, dispositivo que regula a medida cautelar, segundo o qual a Corte poderá deferir "qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental". Acompanhando o raciocínio que embasa a ideia de subsidiariedade, o excerto em negrito confere ao Tribunal um campo de ação praticamente ilimitado na tutela de violações a preceitos fundamentais, permitindo que os ministros imponham à autoridade responsável pelo ato ou omissão inconstitucional o dever de cumprir a providência que reputarem mais adequada à solução da controvérsia, independentemente de sua natureza ou dos procedimentos internos indispensáveis para o cumprimento da obrigação.

3 METODOLOGIA

A pesquisa pretende produzir inferências descritivas com base nas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em quatro arguições de descumprimento de preceito fundamental (Epstein; King, 2015). O trabalho analisa decisões cautelares proferidas pela Corte a propósito de três temas: (i) estado de coisas inconstitucional[16] no sistema carcerário brasileiro, tratado na ADPF n. 347/DF, de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello; (ii) violência e letalidade policial no Rio de Janeiro, abordadas na ADPF n. 635/DF, relatada pelo ministro Luiz Edson Fachin; e (iii) proteção de comunidades indígenas na pandemia de Covid-19, versada na ADPF n. 709/DF, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

O processo de escolha desses casos levou em consideração a atualidade e a relevância dos temas abordados, além da similaridade dos processos quanto à sua natureza estrutural, caracterizada pela intervenção judicial no processo de formulação, execução e avaliação de políticas públicas nas áreas de gestão penitenciária, saúde pública e segurança pública.

Para fins de extração de dados, utilizamos ferramentas da análise de conteúdo de matriz categorial, de acordo com a obra de Laurence Bardin (2004), para identificar quais medidas foram determinadas pelo STF, utilizando como fontes (i) o inteiro teor das decisões; e (ii) as certidões de julgamento, as quais contêm um resumo esquemático da deliberação tomada.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O quadro 1 sintetiza os excertos coletados das decisões, acórdãos e certidões de julgamento relativos às medidas cautelares, transcritas de acordo com as certidões de julgamento divulgadas no sítio eletrônico do STF:

13 A própria validade constitucional da lei regulamentadora da ADPF foi objeto de questionamento. Em 2000, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.231/DF no STF, distribuída à relatoria do ministro José Néri da Silveira (aposentado). Iniciado o julgamento da medida cautelar, o relator proferiu voto do sentido de suspender a eficácia da lei. A deliberação foi suspensa no ano de 2001 em virtude de pedido de vista do ministro José Paulo Sepúlveda Pertence (também aposentado) e não foi concluída até a presente data.

14 Embora a ADPF já estivesse prevista no texto original da Constituição, não era possível o seu manejo até a edição da lei regulamentadora, conforme decidido pelo STF na ADI n. 2/DF, relator o ministro Paulo Brossard.

15 ADPF n. 54-QO/DF, relator o ministro Marco Aurélio Mello.

16 Importado da Corte Constitucional da Colômbia, o conceito de "estado de coisas inconstitucional" exige a presença concomitante de três requisitos, a saber: (i) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; (ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; e (iii) a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades. Vide, por exemplo, a Sentença n. SU-559, de 6 de novembro de 1997.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Quadro 1 – Catalogação das cautelares deferidas por relator e destinatário

Processo	Relator	Medida adotada	Destinatário da ordem
ADPF 347	MAM	Determinar aos juízes e tribunais que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.	Judiciário
ADPF 347	MAM	Determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.	Executivo
ADPF 347	MAM	Determinar à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional	Executivo
ADPF 635	EF	Restringir a utilização de helicópteros nas operações policiais apenas nos casos de observância da estrita necessidade, comprovada por meio da produção, ao término da operação, de relatório circunstanciado.	Executivo
ADPF 635	EF	Determinar que o Estado do Rio de Janeiro oriente seus agentes de segurança e profissionais de saúde a preservar todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais, de modo a evitar a remoção indevida de cadáveres sob o pretexto de suposta prestação de socorro e o descarte de peças e objetos importantes para a investigação.	Executivo
ADPF 635	EF	Determinar aos órgãos de polícia técnico-científica do Estado do Rio de Janeiro que documentem, por meio de fotografias, as provas periciais produzidas em investigações de crimes contra a vida, notadamente o laudo de local de crime e o exame de necropsia, com o objetivo de assegurar a possibilidade de revisão independente, devendo os registros fotográficos, os croquis e os esquemas de lesão ser juntados aos autos, bem como armazenados em sistema eletrônico de cópia de segurança para fins de backup.	Executivo
ADPF 635	EF	Determinar que, no caso de realização de operações policiais em perímetros nos quais estejam localizados escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, sejam observadas as seguintes diretrizes: (i) a absoluta excepcionalidade da medida, especialmente no período de entrada e de saída dos estabelecimentos educacionais, devendo o respectivo comando justificar, prévia ou posteriormente, em expediente próprio ou no bojo da investigação penal que fundamenta a operação, as razões concretas que tornaram indispensável o desenvolvimento das ações nessas regiões, com o envio dessa justificativa ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em até 24 horas; (ii) a proibição da prática de utilização de qualquer equipamento educacional ou de saúde como base operacional das polícias civil e militar, vedando-se, inclusive, o baseamento de recursos operacionais nas áreas de entrada e de saída desses estabelecimentos; e (iii) a elaboração de protocolos próprios e sigilosos de comunicação envolvendo as polícias civil e militar, e os segmentos federal, estadual e municipal das áreas de educação e de saúde, de maneira que os diretores ou chefes das unidades, logo após o desencadeamento de operações policiais, tenham tempo hábil para reduzir os riscos à integridade física das pessoas sob sua responsabilidade.	Executivo
ADPF 635	EF	Reconhecer que sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuição do órgão do Ministério Público competente. A investigação, por sua vez, deverá atender ao que exige o Protocolo de Minnesota, em especial no que tange à oitiva das vítimas ou familiares e à priorização de casos que tenham como vítimas as crianças. Ademais, por ser função essencial do Estado, acolher também o pedido para determinar que, em casos tais, o Ministério Público designe um membro para atuar em regime de plantão.	Executivo
ADPF 635	EF	Suspender a eficácia do art. 1º do Decreto 46.775, de 23 de setembro de 2019.	Executivo
ADPF 635	EF	Determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.	Executivo
ADPF 635	EF	Determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos recursos necessários para a sua implementação.	Executivo

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ADPF 635	EF	Determinar que até que o plano mais abrangente seja elaborado, atendido o domínio normativo da administração e consideradas as peculiaridades locais, bem como assegurado às forças de segurança examinarem diante das situações concretas a proporcionalidade e a excepcionalidade do uso da força, que o emprego e a fiscalização da legalidade do uso da força sejam feitos à luz dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, com todos os desdobramentos daí derivados, em especial, em relação à excepcionalidade da realização de operações policiais, a serem avaliadas, quando do emprego concreto, pelas próprias forças, cabendo aos órgãos de controle e ao Judiciário, avaliar as justificativas apresentadas quando necessário.	Executivo
ADPF 635	EF	Criar um grupo de trabalho sobre Polícia Cidadã no Observatório de Direitos Humanos localizado no Conselho Nacional de Justiça.	Judiciário
ADPF 635	EF	Reconhecer, nos termos dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, que só se justifica o uso da força letal por agentes de Estado quando, ressalvada a ineficácia da elevação gradativa do nível da força empregada para neutralizar a situação de risco ou de violência, (i) exauridos demais meios, inclusive os de armas não-letais, e for (ii) necessário para proteger a vida ou prevenir um dano sério, (iii) decorrente de uma ameaça concreta e iminente. Cabe ao Executivo local sopesar, de um lado, a necessidade de reduzir o risco de dano desnecessário aos direitos humanos nas operações policiais nas favelas, e de outro, as ameaças enfrentadas pelos agentes públicos no cumprimento de seus deveres estatais. Fica ressalvada a possibilidade, desde que posteriormente justificada, que o agente do Estado possa desde logo fazer uso de força potencialmente letal, quando se fizerem necessárias e proporcionais à ameaça vivenciada no caso concreto. Em qualquer hipótese, colocar em risco ou mesmo atingir a vida de alguém somente será admissível se, após minudente investigação imparcial, feita pelo Ministério Público, concluir-se ter sido a ação necessária para proteger exclusivamente a vida e nenhum outro bem de uma ameaça iminente e concreta.	Executivo e Judiciário
ADPF 635	EF	Reconhecer a imperiosa necessidade de, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, haver prioridade absoluta nas investigações de incidentes que tenham como vítimas quer crianças, quer adolescentes.	Executivo e Ministério Público
ADPF 635	EF	Determinar que, no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, sejam observadas as seguintes diretrizes constitucionais, sob pena de responsabilidade: (i) a diligência, no caso específico de cumprimento de mandado judicial, deve ser realizada somente durante o dia, vedando-se, assim, o ingresso forçado a domicílios à noite; (ii) a diligência, quando feita sem mandado judicial, pode ter por base denúncia anônima; (iii) a diligência deve ser justificada e detalhada por meio da elaboração de auto circunstanciado, que deverá instruir eventual auto de prisão em flagrante ou de apreensão de adolescente por ato infracional e ser remetido ao juízo da audiência de custódia para viabilizar o controle judicial posterior; e (iv) a diligência deve ser realizada nos estritos limites dos fins excepcionais a que se destinam.	Executivo
ADPF 635	EF	Reconhecer a obrigatoriedade de disponibilização de ambulâncias em operações policiais previamente planejadas em que haja a possibilidade de confrontos armados, sem prejuízo da atuação dos agentes públicos e das operações.	Executivo
ADPF 635	EF	Determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos.	Executivo
ADPF 709	RB	Quanto aos Povos Indígenas em Isolamento ou Povos Indígenas de Recente Contato: 1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias.	Executivo
ADPF 709	RB	Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos: (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB; (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas.	Executivo, Judiciário e Ministério Público
ADPF 709	RB	Quanto a Povos Indígenas em Geral: 1. Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato.	Executivo
ADPF 709	RB	2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas.	Executivo

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ADPF 709	RB	3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.	Executivo
ADPF 709	RB	4. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições: (i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo; (ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato; (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos.	Executivo
ADPF 709	RB	Determinar ao Governo Federal que divulgue, no prazo de 5 (cinco) dias, com base em critérios técnico-científicos, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19.	Executivo
ADPF 709	RB	Determinar à União: (i) incluir as TIs do Vale do Javari, Yanomami, Uru Eu WawWaw e Arariboia como Prioridade 1; (ii) considerar a necessidade de isolamento de invasores; (iii) dar início ao funcionamento das barreiras sanitárias que integram a Prioridade 1 no curso do mês de setembro de 2020; (iv) dar início ao funcionamento das barreiras sanitárias que integram a Prioridade 2 no curso do mês de outubro de 2020; (v) indicar as terras indígenas que são objeto da Prioridade 3 e o prazo para início de funcionamento de tais barreiras, compatível com a situação de urgência de uma pandemia; (vi) apresentar os Planos de Contingência previstos no item 8 da decisão proferida em 06.08.2020 por este Relator (DJe de 12.08.2020); (vii) explicitar, no Plano de Barreiras Sanitárias, e assegurar que todos os representantes dos CONDISIs que participem das Salas de Situação Local sejam necessariamente indígenas; (viii) explicitar o tempo e as estratégias mais seguras de quarentena para ingresso em terras indígenas e cuidar para que elas cheguem ao conhecimento daqueles que atuam em tais terras; (ix) adotar a metodologia postulada pelo CNJ, detalhando a execução das ações relacionadas ao Plano, sem prejuízo da implantação das barreiras sanitárias no prazo ajustado; (x) apresentar tal detalhamento, quanto às terras que integram o objeto da Prioridade 1 até final de setembro; e o detalhamento da Prioridade 2 até final de outubro; (xi) promover o contínuo aprimoramento do Plano. 2. No que respeita ao cumprimento da cautelar, quanto a povos indígenas localizados em terras não homologadas, deve: (i) identificar das áreas e territórios nesta situação; (ii) dimensionar as equipes e os insumos necessários ao atendimento; (iii) dimensionar os fluxos de assistência entre SESAI e SUS; (iv) adequar a força de trabalho; (v) promover a readequação orçamentária dos DSEIs (Nota Técnica em Resposta à Intimação nº 2636/2020, p. 41-42); (vi) fornecer os dados discriminados sobre os atendimentos realizados em cada terra, indicando datas e quantitativos. 3. No que respeita ao contínuo aprimoramento do Plano e a seu monitoramento, deve restabelecer o funcionamento da Sala de Situação e fixar periodicidade de reuniões compatível com uma situação de pandemia.	Executivo
ADPF 709	RB	Determinar à União a adoção imediata de todas as medidas necessárias à proteção da vida, da saúde e da segurança da população indígena que habita as TIs Yanomami e Mundurucu.	Executivo
ADPF 709	RB	Determinar (i) a suspensão imediata dos efeitos do Ofício Circular Nº 18/2021/CGMT/DPT/FUNAI e o PARECER n. 00013/2021/COAF-CONS/PFE-FUNAI/PGF/AGU e (ii) a implementação de atividade de proteção territorial nas terras indígenas pela FUNAI, independentemente de estarem homologadas.	Executivo
ADPF 709	RB	Disponibilização para acesso público de todos os dados epidemiológicos pertinentes aos povos indígenas de que dispõe a União, em site público, tal como feito, pelo Ministério da Saúde, quanto a todos os demais brasileiros, com discriminação de indígenas em terras homologadas e não homologadas e demais elementos já determinados pelo Juízo.	Executivo
ADPF 709	RB	Apresentação, pela União, de planilha de dados para monitoramento das barreiras sanitárias e de ações de saúde, em favor de povos indígenas isolados e de recente contato, com inclusão das colunas E, M, R, S, AD, AF, AJ e AK. Prazo e multa diária fixados. Os dados disponibilizados para acesso público deverão ser desidentificados, de modo a preservar a privacidade dos indivíduos.	Executivo

CC BY NC ND

ADPF 709	RB	Determinar aos órgãos da União que adotem, imediatamente, todas as providências necessárias à localização dos desaparecidos Bruno da Cunha Araújo Pereira e Dom Phillips, utilizando-se de todos os meios e forças cabíveis; (ii) tomem todas as medidas necessárias à garantia da segurança no local; (iii) apurem e punam os responsáveis pelo desaparecimento; e (iv) apresentem nos autos da petição sigilosa, no prazo de até 5 (cinco) dias corridos da ciência desta decisão, relatório contendo todas as providências adotadas e informações obtidas.	Executivo
ADPF 709	RB	Determinação à União para que: (i) proceda à desintrusão de todos os garimpos ilegais presentes nas Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Mundurucu e Trincheira Bacajá, com a apresentação de plano com tal objeto junto ao Tribunal, sendo certo que a estratégia anteriormente adotada, de "sufocamento" da logística de tais garimpos, não produziu efeitos, se é que foi implementada, devendo-se priorizar as áreas em situação mais grave; (ii) adote de imediato todas as medidas emergenciais necessárias à proteção da vida, da saúde e da segurança das comunidades indígenas. Determino, ainda, (iii) a abertura de crédito extraordinário em montante suficiente ao adequado cumprimento da decisão judicial.	Executivo e Legislativo
ADPF 709	RB	Determinar à União: (i) a disponibilização dos dados com todos os níveis de desagregação já requeridos em planilha estruturada pelo GT; (ii) a desindentificação daqueles grupos que apresentem contingente reduzido com base nas melhores opções metodológicas existentes; (iii) a correção de erros e organização dos arquivos do OpenDATASUS nos mesmos termos e padrões adotados para os demais cidadãos brasileiros; (iv) a progressiva consolidação de um protocolo de referência que com as orientações traçadas nesta ação; (v) a incorporação à SESAI do know-how acumulado pelas demais áreas do Ministério da Saúde; e (vi) a promoção de capacitação dos servidores da SESAI na matéria.	Executivo

Fonte: Elaboração própria com base em Brasil (2015, 2020, 2022).

O primeiro caso é a ADPF n. 347/DF, de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello. O objeto da ação é a situação precária do sistema penitenciário brasileiro diante das massivas violações de direitos fundamentais de pessoas encarceradas. Nesse caso, o tribunal concedeu parcialmente a medida cautelar para reconhecer a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário e, por consequência, determinar (i) ao Poder Executivo Federal o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional; e (ii) aos juízes e tribunais, a realização de audiências de custódia, apresentando-se o preso à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas do momento da prisão.

Nessa primeira decisão, a Corte não avançou de maneira tão intensa sobre a autoridade administrativa dos demais Poderes, limitando-se a ordenar a reativação de um fundo de recursos públicos já existente. E por mais que a implementação das audiências de custódia tenha gerado impacto financeiro sobre o Erário, a tutela judicial interferiu, ao menos diretamente, apenas na atuação do próprio Judiciário, sem que houvesse parcial ou completa ordem de reestruturação do funcionamento de determinados órgãos. Essa decisão reflete o perfil decisório do ministro Marco Aurélio, cujos votos frequentemente salientavam a necessidade de autocontenção do Tribunal diante das atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo[17].

O segundo caso examinado foi a ADPF n. 635/DF, de relatoria do ministro Luiz Edson Fachin. Após a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília[18] e diante da recalcitrância do estado do Rio de Janeiro em cumprir a sentença internacional, a Corte ordenou às polícias do Rio a observância de parâmetros internacionais de uso da força e de critérios de atendimento médico e de entrada em domicílio nas operações nas favelas.

As medidas cautelares determinaram, ainda, ao governo estadual que instalasse equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamen-

17 Citamos, exemplificativamente, os votos do ministro Marco Aurélio Mello na Extradição n. 1.085/Itália, relativa ao pedido de extradição de Cesare Battisti, no Recurso Extraordinário n. 858.075/RJ, referente à garantia de percentual mínimo de aplicação de recursos em ações e serviços de saúde, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF, em que se debateu a criminalização da LGBTIfobia.

18 O objeto do caso eram as falhas e a demora na investigação de execuções extrajudiciais perpetradas durante diligências da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro na Favela Nova Brasília em 1994 e 1995, assim como na punição dos responsáveis. Dentre os pontos resolutivos da sentença, a Corte Interamericana impôs ao Estado brasileiro o dever de adotar metas e políticas de redução da letalidade policial, assegurar mecanismos de investigação independente de episódios de morte, tortura e violência sexual decorrentes de intervenções policiais e de proceder às adequações normativas necessárias à abolição dos conceitos de "oposição" e "resistência", que vinham justificando indevidamente o uso da força.

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

to digital dos respectivos arquivos, bem como elaborasse um plano de redução da letalidade policial nas favelas do Rio de Janeiro no prazo de 90 (noventa) dias, além de requisitar a criação de um grupo de trabalho sobre Polícia Cidadã no Observatório de Direitos Humanos sediado no Conselho Nacional de Justiça. Também segundo a decisão, tal plano deveria ser submetido a prévia consulta pública com a população, com posterior homologação pelo Plenário do Tribunal.

Esse conjunto de decisões revela uma iniciativa de completa remodelação do sistema de segurança pública no Rio de Janeiro, em especial nas regiões de favelas, seja a partir de diretrizes normativas estabelecidas pelo Tribunal na análise de adequação do emprego da força, seja na execução em concreto das operações policiais, inclusive com ordem de disponibilização de ambulâncias e de uso de câmeras corporais.

A submissão do plano de redução da letalidade policial à homologação do STF também demonstra uma assunção pelo tribunal do papel de gerenciador da política pública. Em outras palavras, a decisão tomada pela Corte adotou um viés marcadamente adjudicatório, embora tenha reservado uma margem para atuação discricionária do Executivo na elaboração do plano, à medida que o Tribunal mantém o protagonismo nos atos de formulação, execução e avaliação da política pública, que não será considerada válida sem a chancela do Plenário do STF.

Por último, o terceiro caso consiste na ADPF n. 709/DF, relator o ministro Luís Roberto Barroso. Ao constatar o contexto de hipervulnerabilidade de povos indígenas isolados e de recente contato[19] durante a pandemia de Covid-19, o ministro ordenou inicialmente a reformulação do plano de imunização elaborado pelo Governo Federal para que a vacinação desses grupos ocorresse prioritariamente e determinou a instalação de uma Sala de Situação, composta por integrantes do governo, do tribunal, de associações representativas e de líderes de comunidades indígenas, buscando estabelecer um canal dialógico para a formulação da política pública e assegurar representatividade aos diretamente interessados na tutela judicial.

Essa primeira decisão denota uma postura inicialmente conciliatória do relator, que determinou medidas emergenciais, mas condicionou o prosseguimento do feito à participação dos interessados num espaço de diálogo, ainda que forçado, para buscar soluções mais factíveis para os sujeitos impactados pelo processo. Essa posição se alinha à tese dos autores citados na seção anterior, que sustentam um realinhamento do perfil do juiz para uma posição de barganha.

Análises recentes apontam, no entanto, que tal experiência não foi bem-sucedida, visto que o poder de influência e, em consequência, a capacidade decisória das comunidades afetadas era excessivamente reduzido diante do monopólio de informações pelos agentes estatais e do caráter não vinculante dos diálogos levados a efeito entre os participantes (Godoy; Santana; Oliveira, 2021).

Por outro lado, a Tabela 1 demonstra que outras medidas de naturezas diversas foram tomadas pelo relator no curso da ação, como, por exemplo, a determinação de modificações específicas no plano de imunização, o estabelecimento de metas, prioridades e diretrizes gerais de controle da política e a requisição de abertura de crédito extraordinário para o Orçamento da União. Houve, ainda, a emissão de ordem específica quanto à localização dos desaparecidos Bruno Pereira e Dom Philips, embora a questão não estivesse diretamente relacionada ao objeto abstrato da arguição. Tais decisões indicam um afastamento do ministro Barroso da posição de superintendente do processo estrutural, com assunção pontual de funções típicas do próprio Poder Executivo.

A descrição desses casos aponta, portanto, que o relator do caso exerce significativa influência sobre a formatação de medidas cautelares no âmbito da ADPF. Em outras palavras, as providências exigidas pelo Tribunal variam consideravelmente a depender de qual ministro conduziu a votação, fenômeno que já vem sendo identificado há alguns anos em estudos sobre a atuação do STF (Hartmann; Ferreira, 2015; Oliveira, 2012; Silva, 2015).

19 Tais conceitos derivam das noções de povos “isolados” e “em vias de integração”, constantes do artigo 4º, incisos I e II, do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

As reflexões acerca dos limites hermenêuticos, políticos e institucionais do poder judicial na defesa de direitos fundamentais podem levar a conclusões distintas. O objetivo deste artigo era mais restrito: buscamos fornecer elementos teóricos e empíricos acerca da atuação Supremo Tribunal Federal na tutela de litígios estruturais por intermédio da medida cautelar na ADPF, instituto sem limites legislativos precisos e contornos ainda pouco estudados pela literatura nacional. Como visto, a dinâmica dos conflitos sociais levados ao sistema de justiça tem induzido o surgimento de demandas estruturais, cuja tutela ainda não conta com um aparato procedimental especificamente formulado pelo legislador, o que exige dos magistrados o delineamento de soluções eficazes para os dilemas levados à sua apreciação.

No caso do Supremo Tribunal Federal, procuramos discutir para uma transformação do papel do controle concentrado de constitucionalidade nos últimos anos, contexto em que a Corte vem resolvendo conflitos estruturais complexos com fundamento na ampla autoridade que lhe foi confiada pelo artigo 5º, §3º, da Lei n. 9.882/1999. Todavia, a maneira pela qual tais problemas são resolvidos depende, em boa medida, da filosofia judicial e da postura institucional dos relatores dos casos, cujo direcionamento pode produzir decisões de conteúdo marcadamente adjudicatório ou mais afinadas à postura negocial.

Quanto aos resultados e impactos, esperamos que o presente trabalho possa fornecer subsídios para novos estudos em profundidade acerca da atuação do Supremo em sede de controle abstrato de constitucionalidade na temática dos processos estruturais.

CC BY NC ND

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109152. Acesso em: 20 out. 2023.

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 336/DF**. Arguente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Luiz Fux, 1 de março de 2021a. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente= 4735779. Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709/DF**. Arguente: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB). Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 7 de agosto de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986. Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 825/DF**. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Marco Aurélio, 3 de agosto de 2021b. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente= 6151802. Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Embargos de Declaração na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635 Rio de Janeiro**. Embargante: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 3 de fevereiro de 2022. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502. Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF**. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 9 de setembro de 2015. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 31 out. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019. DOI: 10.21783/rei.v5i3.430. Disponível em: https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430. Acesso em: 21 out. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. 2009. 151 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 21.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa**: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional. 2017. 336 f. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vergas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2017.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, maio 1976. DOI

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

10.2307/1340256. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1340256. Acesso em: 15 out. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso favela nova Brasília v. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José: Corteidh, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 21 out. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. I.

DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. **Virginia Law Review**, [Charlottesville, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb. 1979. DOI 10.2307/1072646. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1072646. Acesso em: 15 out. 2023.

FISS, Owen. As bases políticas e sociais da adjudicação. *In*: FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004. p. 105-120.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978. DOI 10.2307/1340368. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1340368. Acesso em: 21 out. 2023.

GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 2174-2205, 2021. DOI 10.1590/2179-8966/2021/61730. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61730. Acesso em: 21 out. 2023.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista**, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. DOI 10.15603/2176-1094/rcd.v7n7p9-37. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/1964. Acesso em: 21 out. 2023.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Lívia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015. DOI 10.12662/2447-6641oj.v13i17.p268-283.2015. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/266. Acesso em: 21 out. 2023.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade na tutela jurisdicional. 2015. 718 f. Tese (Douto-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

rado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 5, n. 20, p. 7-46, mar./abr. 2008. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1421. Acesso em: 21 out. 2023.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 27, n. 80, p. 89-115, out. 2012. DOI 10.1590/S0102-69092012000300006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/JWytfvnzyb9ZkxGh965PZgR/abstract/?lang=pt. Acesso em: 21 out. 2023.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova York: Aspen Law and Business, 1996.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. Reforma estrutural e experimentalismo nos processos de interesse público. *In*: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública após 35 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**: federal courts and the law: an essay. Nova Jersey: Princeton University Press, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015. DOI 10.21783/rei.v1i1.21. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21. Acesso em: 21 out. 2023.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and institutions**. Chicago: University of Chicago Public Law, 2002. (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 156). Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/280/. Acesso em: 21 out. 2023.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2016.

TILLY, Charles. **Democracy**. Nova York: Cambridge University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006.

ZUFELATO, Camilo; FRANCISCO, João Eberhardt. La acción civil pública del carbón como modelo procesal para la reparación civil de daños ambientales complejos: una experiencia de proceso estructural en Brasil. **Temas Procesales**: Revista de la Red para el Estudio del Proceso y la Justicia, Medellín, v. 33, p. 133-154, oct. 2020. Disponível em: https://www.procesalyjusticia.org/_files/ugd/0e0037_c13d8995283a48f993280cf5b6f92c4f.pdf?index=true. Acesso em: Acesso em: 21 out. 2023.

Recebido em: 17/11/2023
Aceito em: 18/10/2024

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.47382

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

O ENCOBRIMENTO DO SER NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE CONCEALMENT OF BEING IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

Carolyne Ribeiro Rodrigues de Almeida

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada. Editora de revistas cientificas. Bolsista CAPES. E-mail: orirac@yahoo.com.br.

Eric Santos Andrade

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Rede de Pesquisa Interinstitucional em Direito da Cidade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RPIDC/UERJ) e do Laboratório de Estudos de Direito Administrativo Comparado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (LEDAC/UNIRIO). Pesquisador no Núcleo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Direito da Cidade (NEPEC/UERJ). Pesquisador certificado junto ao Grupo de Pesquisa Prismas da Liberdade: o Direito Privado sob a perspectiva do Pensamento Liberal, vinculado ao Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro da Comissão de Direito de Família, de Direito Administrativo e de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ). Advogado. E-mail: ericsantos13@gmail.com.

Cleyson de Morais Mello

Pós-Doutorado em Teoria do Direito (Direito Natural, Dignidade da Pessoa Humana, Cura e Ontologia) no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro - IHGB. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ (2020-). Professor do PPGD da UVA. Professor do PPGD da UERJ. Professor Associado do Departamento de Teorias e Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Professor Titular da Universidade Estácio de Sá. Professor Adjunto da Unisuam. Coordenador da Graduação do Curso de Direito da UNIFAA. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com.

Como citar: ALMEIDA, Carolyne Ribeiro Rodrigues de; ANDRADE, Eric Santos; MELLO, Cleyson de Morais. O encobrimento do ser na administração pública. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 57-69, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.47382. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 21/01/2023
Aceito em: 07/10/2024

Resumo: O objetivo desse trabalho é verificar se é possível aplicar, de alguma forma, a teoria de Heidegger da ontologia fundamental na atuação judicial da Administração Pública brasileira. Para isso será utilizado o método quantitativo com análise bibliográfica e legislativa do tema. Dessa forma, se verificou a possibilidade de aplicação da teoria heideggeriana diante do encobrimento do ser na Administração Pública, sendo necessária uma transformação da gestão de bens e serviços públicos como atualmente são conduzidos, principalmente, em se tratando de conflitos judicializados. O trabalho, portanto, contribui com uma nova perspectiva para a militância da advocacia pública que privilegia a efetividade dos direitos do cidadão.

Palavras-chave: advocacia pública. círculo hermenêutico. desvelamento do ser. indisponibilidade do interesse público. povo.

Abstract: The objective of this work is to verify if it is possible to apply in some way Heidegger's theory of fundamental ontology in the judicial performance of the Brazilian public administration. For this, the quantitative method will be used with bibliographic and legislative analysis of the theme. In this way, it was verified the possibility of applying the Heideggerian theory in the face of the concealment of being in the Public Administration, requiring a transformation of the management of public goods and services as they are currently conducted, especially in the case of judicialized conflicts. The work, therefore, contributes with a new perspective for the militancy of public advocacy that privileges the effectiveness of citizen's rights.

Keywords: public advocacy. hermeneutic circle. unveiling of being. unavailability of public interest. people.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a teoria filosófica de Heiddeger, buscando sua aplicação prática no ente da Administração Pública. Para isso, é feita uma análise dos elementos constitutivos do Estado sob o prisma da Teoria do Estado, buscando, identificar o ser da Administração Pública. Outrossim, é perquirido se há o encobrimento do ser na Administração Pública na forma demonstrada em Heidegger.

Propõe-se, ainda, investigar os princípios classicamente regedores da atuação da advocacia pública em processos judiciais, os quais impelem tradicionalmente os advogados dos entes públicos a sempre opor defesa nas ações em que o Estado figura no polo passivo, criando e difundindo teses, muitas vezes, negadoras ou limitativas dos direitos fundamentais.

Se busca com isso discutir se à luz da teoria de Heiddeger, é possível reinterpretar o princípio da indisponibilidade do interesse público em se tratando das balizas a serem observadas pelos procuradores no atuar na defesa dos entes públicos, primando pela centralidade do cidadão.

Para isso será feita uma breve exposição sobre os elementos essenciais da filosofia de Heidegger e sobre a orientação tradicionalmente seguida pelos advogados públicos em sua atuação em favor da Administração Pública. Depois, já adentrando na construção proposta nesse artigo, se analisa o conteúdo do elemento subjetivo do Estado à luz da Teoria do Estado. Por fim, é feita uma releitura da atuação da advocacia pública baseada nos ensinamentos de Heidegger, se demonstrando a necessidade de uma mudança de postura institucional.

1 A TEORIA FILOSÓFICA DE HEIDEGGER

Heidegger propôs a superação da metafisica ocidental na qual desvela-se a entificação do ser, ou seja, o encobrimento do ser. A base fundamental da filosofia de Heidegger é a diferença entre ser e ente, o teorema da diferença ontológica. Essa diferença foi esquecida pela filosofia ocidental que passou a dar preponderância ao ente ofuscando, assim, o ser numa objetificação desse último. É uma característica do ser o desocultar-se e o seu desvelamento permite a revelação do ente. O ser nunca pode ser pensado a partir do ente (Mello, 2018).

A questão principal em Heidegger está centrada no conceito metafísico do ser. O ser é fundamento, enquanto o ente é fundamentado, ou seja, possui um fundamento. Não há fundamento anterior ao ser, pois o fundamento do ser é sem fundo (*Ab-grund*), abissal (Mello, 2018). Dessa forma, o ser como ser-aí que pode ser considerado, ainda, como o ser humano na sua essência (Heidegger, 1999b). A hermenêutica heideggeriana permite a revelação do ser das coisas, bem como a revelação das potencialidades do próprio ser (Palmer, 1999).

O ser em Heidegger é o ser-aí (*daisen*) que deve ser visto de uma forma contextualizada como ser-no-mundo. Ser no mundo é o ser compreendido e analisado no contexto do mundo que o circunda (mundo circundante), é o ser no seu mundo histórico, o ser analisado no lugar em que se manifesta. Heidegger, propõe, assim, um retorno a origem — *Ereignis* (Mello, 2018).

Heidegger considera que apenas a compreensão do ser-aí (metafisica da finitude), ou melhor, com a pré-compreensão do ser-aí que se revela na clareira do ser (*aletheia*) é possível compreender o mundo em que vivemos. O filosofo, assim, supera o esquema sujeito-objeto que encobriu o ser, apontando que o sentido do ser é um sentido mais originário que deve ser determinado pelo horizonte do tempo (*Zeitlichkeit*) e pela historicidade. A presença do ser humano histórico é necessária para a funcionalidade da clareira do ser (Mello, 2018).

Mas, mesmo nessa contextualização, é preciso ter cuidado, pois a interpretação cotidiana encobre o ser (*Daisen*). Uma interpretação ontológica, por outro lado, demanda que o ente seja projetado previamente em seu próprio ser, o salto para dentro do círculo hermenêutico que assegura o ponto de partida para a análise do ser (Mello, 2018). O *Daisen* entra em contato com o ente através de uma abertura histórica precedente, um conjunto de critérios que é historicamente dado,

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

como normas e pré-juízos, que tornam o ente acessível ao ser (Vattimo, 1989). Isso não significa que não seja possível construir no presente um contexto diverso do passado, pois "re-cordar, isto é o destino sido, exprime contudo: refletir, e na verdade sobre aquilo ainda impensado no sido como a-serpensado" (Heidegger, 1999b, p. 138-139).

Enquanto na filosofia clássica o sujeito está fechado em si mesmo, em Heidegger o ser é existência, é ser fora de si e enquanto a filosofia clássica se baseia na infinitude do tempo, em Heidegger o tempo é finito, pois o ser também o é (Mello, 2018). A metafisica afirma verdades eternas que se fundam em um sujeito absoluto e idealizado, ao contrário do que se afirma na filosofia heideggeriana do *Daisen*.

O tempo em Heidegger é quadrimensional. Passado, presente e futuro não são considerados de forma estanque, as dimensões são co-dependentes numa relação mútua. O tempo autêntico é alcançado nessa proximidade unificante que permite um alcançar iluminador do ser. Somos, portanto, presente, passado e futuro em um único movimento. Não é possível alcançar o sujeito do conhecimento apenas por ele mesmo, pois ele não pode ser compreendido fora de sua historicidade, deve ser sempre considerado dentro do contexto e numa relação ativa com esse contexto (Mello, 2018). O homem é possibilidade, o passado é uma possibilidade que já ocorreu e o futuro é a última possibilidade ou impossibilidade para qualquer nova possibilidade (Stein, 2000).

Gadamer (1997), um dos grandes discípulos de Heidegger, trata da fusão de horizontes na qual o horizonte do presente está em processo de constante formação que leva em conta o passado e a tradição da qual procedemos. Assim, a compreensão só é possível nesse processo de fusão de horizontes. Não se pode escolher arbitrariamente o sentido histórico do mundo e de nós mesmos, pois esse sentido se nos dá e nos interpela, só nos cabe aceitá-lo ou rejeitá-lo (Oliveira, 2001).

O sentido do ser em Heidegger é existência que é em si mesma hermenêutica. A fenomenologia heideggeriana é aquela que analisa o ser dos entes, sendo, portanto, ontológica. O sentido do ser é a questão de destaque da filosofia de Heidegger, ser que cada um de nós somos e que não se confunde com o ente e nem é outro ente. Há uma relação entre ser e ente, a circularidade hermenêutica que é base na filosofia de Heidegger. Através do ser e de sua compreensão se acessa o ente. Acesso visto como condição de possibilidade, ou seja, o *Daisen* é abissal, sem fundo, pois sua fundamentação se refere a pura possibilidade (Mello, 2018).

A circularidade hermenêutica substitui, portanto, a relação sujeito-objeto da metafisica tradicional. Como o ser não se confunde com o ente e não é uma coisa, não se pode dizer que o ser é, mas sim que dá-se ser. A circularidade, assim, está ligada a relação ente ser e ente na qual o ser acessa o ente através da compreensão, não se trata de uma relação com um objeto ou através de um sujeito, mas de uma relação que permite o acesso do ser ao ente, o ser humano que se compreende, por exemplo (Mello, 2018).

O ser não está no mesmo plano do ente, ele está no nível transcendental em que se ultrapassa e se supera a obscuridade do ente. A verdade do ser é obtida por um movimento de desvelamento e velamento, sendo projetivo ao superar a metafisica ocidental do esquecimento do ser e regressivo ao retornar ao início pela busca da verdade do ser (Heidegger, 1999a; Mello, 2018) ao analisar a palavra grega para ente, *to on*, afirma que ela possui dois significados: o primeiro é aquilo que em cada caso é e o segundo o que faz. O segundo significado seria o mais usado e trataria não do ente em si mesmo, mas do fato do ente ser, do ser. O ser humano ao alcançar a essência da verdade através do *Daisen*, alcança a liberdade (Mello, 2018).

Apenas com a prévia compreensão do ser, que permite o acesso ao conhecimento mais originário, é que é possível efetivamente compreender todo o resto. A compreensão existencial permite a abertura do ser-no-mundo para se compreender as coisas a partir delas mesmas da forma mais originária e autêntica, impedindo que a análise seja deturpada por erros que atinjam o processo de interpretação.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Quando compreendemos o mundo, nele compreendemos a nós mesmos, se manifestando, assim, a circularidade da finitude (Mello, 2018).

Heidegger sustenta que o ser pode ser tão profundamente encoberto que acaba esquecido. Ele diz que um fenômeno, que é o que constitui o ser, pode ser encoberto porque nunca foi descoberto ou porque foi entulhado, sendo que esse entulhamento pode ser total ou parcial quando o que foi descoberto está visível, mas apenas como aparência. Esse encobrimento parcial é o mais perigoso para Heidegger, pois a possibilidade de engano e desorientação são maiores, mais severas e persistentes (Heidegger, 2002).

Heidegger (1995) também afirma que a interpretação técnica do pensamento (pensar da metafisica ocidental) abandona o ser como elemento do pensar, sendo necessário repor o pensamento em seu elemento (pensar filosófico), ou seja, pensar em harmonia com a forma de pensar a condição humana. O pensar filosófico baseado no círculo hermenêutico e no teorema da diferença ontológica funciona pela lógica dos existenciais e é condição prévia de qualquer conceito (Mello, 2018).

Quando há o esquecimento da verdade do ser com seu encobrimento pelo ente ocorre um processo de decadência. Na interpretação pública há grande risco de se perder a verdade do ser na impessoalidade e na falta de solidez, causando o aprisionamento do ser em seu sentido mais originário (Mello, 2018). O decaimento gera um conhecimento inautêntico do ser. Por isso Heidegger critica o pensamento objetificador que entifica o ser e que leva a coisificação ao invés de procurar a essência do ser.

Carneiro Leão (*apud* Heidegger, 1995, p. 17) sustenta que "o homem, perdendo os fundamentos de sua humanidade, 'erra', sem pátria, no turbilhão de uma objetividade sempre mais absorvente de subjetividade. A 'época' da técnica e da ciência é o império do homem a-pátria em sua Essência". Na filosofia heideggeriana as coisas não podem ser vistas como objeto, pois elas têm um sentido relacional com o ser humano (Mello, 2018). O mundo não é objetivo e não se limita ao que é apreensível e perceptível para cada um de nós. As decisões essenciais de nossa história, o que recebemos ou deixamos, o que questionamos, isso é mundo faz mundo (Heidegger, 2002). O significado das coisas não é objetivo, ele está vinculado à vida e aos fins dos que as utilizam (Vattimo, 1989). Através do contexto funcional da coisa com o mundo é possível revelar o seu ser (Mello, 2018).

Uma questão importante que se afigura diante da filosofia de Heidegger é se apenas seria possível aplicá-la ao ser humano ou se é possível a constatação da diferença ontológica em outras coisas? Heidegger tratou do assunto e sinalizou que a diferença ontológica pode ser percebida em todas as coisas de forma bastante ampla. Ela se observa em coisas palpáveis, na natureza, em entes singulares, nos entes coletivos e em nós mesmos (Heidegger, 1999a).

Feitas as considerações sobre a teoria filosófica de Heidegger, passa-se no próximo capítulo à Administração Pública.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública brasileira é materializada nas pessoas jurídicas de direito público interno que formam a federação brasileira, ou seja, a União, os Estados e os Municípios (artigo 1 da CRFB/88 c/c artigo 41 do CC/02). A atuação da Administração Pública está pautada no princípio da supremacia do interesse público, princípio implícito que não se encontra expressamente previsto na Constituição Federal (artigo 37), e que preconiza a prevalência do interesse público sobre o interesse particular. O interesse público é desmembrado em interesse primário e interesse secundário. O interesse primário é o que consubstancia o interesse da coletividade, do povo e o secundário o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, este pode ser patrimonial, com o Estado buscando ampliar sua riqueza ou de atos de gestão administrativa (Mello, 2015).

Outro princípio de direito administrativo possui estreita relação com o princípio da supremacia: o princípio da indisponibilidade do interesse público. Reza tal princípio que o administrador público é mero gestor da coisa pública, razão pela

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

qual não pode dela dispor. Assim, é vedado ao agente público qualquer ato que implique a renúncia a direitos ou interesses públicos que foram confiados para sua guarda ou gestão. O princípio da indisponibilidade se manifesta tanto nas atividades-fim, como nas atividade-meio da Administração (Pietro, 2016).

Quando o Estado brasileiro é acionado juridicamente, seja na esfera federal, estadual ou municipal, ele é representado pelos advogados públicos (advogados da União, procuradores federais, procuradores da fazenda, procuradores estaduais e procuradores do Município) que exercem o múnus de defender o Estado em juízo (artigos 131 e 132 da CRFB/88). Por conta do princípio da indisponibilidade do interesse público, que segundo a doutrina também é um princípio implícito, pois não expresso na Constituição Federal (artigo 37), os advogados públicos têm o dever de ofício de sempre apresentar defesa nas ações judiciais em que a Administração Pública figura no polo passivo. A atuação do advogado público que não prime pela observância desse princípio pode gerar a punição do servidor por ato de improbidade administrativa e sua responsabilização pelo ato omissivo na forma dos artigos 121, 122 e 124 da lei federal nº 8.112 de 1990.

Com o passar do tempo, houve pequena mitigação da obrigatoriedade do exercício de defesa em casos de interposição de recursos e em situações específicas quando a tese estatal já restou massivamente vencida nos tribunais superiores. Contudo, mesmo nesses casos, é preciso que haja uma normativa interna na representação jurídica do ente estatal autorizando a não interposição do recurso.

No âmbito federal, da Fazenda Nacional, a lei Federal nº 10.522 de 2002 (Brasil, 2002), que trata de créditos não quitados de órgãos e entidades federais, permite que a Procuradoria da Fazenda Nacional não conteste, não ofereça contrarrazões, não interponha recurso ou desista do recurso interposto em temas em que haja parecer favorável do Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou do Advogado-Geral da União e em temas com manifestações definitivas dos tribunais superiores, como nos casos de repercussão geral, uniformização de jurisprudência, declaração de inconstitucionalidade e súmulas (artigo 19). Há, ainda, alguns casos específicos previstos na lei que autorizam o não exercício de defesa (artigo 18).

Ainda sobre a Fazenda Nacional, a Portaria PGFN 502/2016 (Brasil, 2016) trata da permissão de não exercício de defesa no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional e amplia as hipóteses previstas na lei federal nº 10.522/02, autorizando o não exercício da defesa em situações em que não há proveito econômico na atuação fazendária e em casos de prescrição (artigos 4 e 4-A). Ainda assim, o Procurador atuante no caso deve seguir certa burocracia para adotar tal medida, como a fundamentação da medida por nota-justificativa (artigo 6).

No âmbito da Advocacia Geral da União (AGU) há normas semelhantes. A Portaria nº 534 de 2015 da AGU (2015) fixa o procedimento para a desistência de recursos por Advogados e Procuradores da União. As hipóteses (artigo 2) são semelhantes àquelas previstas na lei federal nº 10.522/02 e são basicamente aquelas em que as teses defensivas da União já restaram amplamente derrotadas nos tribunais superiores. A não interposição de defesa ou de recurso deve ser informada no sistema interno do órgão (artigo 9), envolvendo, portanto, certa burocracia para o Advogado ou Procurador atuante no caso. A Portaria, contudo, ressalta diversas hipóteses em que o dever de contestar ou interpor recurso resta integro, devendo ser observado pelo Advogado ou Procurador atuante no caso (artigo 8).

Outra norma relevante no tema no âmbito da AGU é a Portaria nº 11 de 2020 que estabelece o procedimento para a celebração de acordos. A Portaria veda a celebração de acordos judiciais que viole os princípios norteadores da Administração Pública (artigo 4, §2) e estabelece que a decisão sobre a possibilidade de acordo deve considerar a probabilidade de êxito das teses defendidas pelas partes e a economicidade do acordo para a União (artigo 5, I e III). A Portaria esclarece detidamente a forma de analisar a probabilidade de êxito que se vincula à probabilidade de se manter ou reverter uma decisão judicial através das teses jurídicas manejadas pelas partes (artigos 6 e 7). A economicidade do acordo está vincu-

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

lada à redução do prejuízo econômico da União com a demanda judicial (artigo 9) (AGU, 2020).

A lei federal nº 9.469 de 1997 que regula as hipóteses de acordo em ações de interesse da União permite que os dirigentes de empresas públicas federais autorizem o não exercício de defesa em ações cujos créditos atualizados sejam iguais ou inferiores a dez mil reais (artigo 1-B). Nos casos de crédito prescrito, ela autoriza a não inscrição em dívida ativa e o não exercício de defesa em caso de existência de ações judiciais (artigo 1-C).

Embora tenha-se utilizado os normativos referentes à advocacia pública federal, a burocracia e restrição do não exercício de defesa podem ser observados também nas advocacias públicas estaduais e municipais, com a existência de normas internas regulando a questão. Observa-se, assim, que a obrigatoriedade de sempre opor defesa e de sempre recorrer é a regra para o advogado público, seja qual for o polo ativo da ação judicial. As hipóteses em que a defesa é dispensada são bastante restritas e, na verdade, estão mais ligadas ao efetivo esgotamento da tese jurídica veiculada que já restou amplamente vencida e com a busca de minorar as perdas econômicas da própria Administração Pública.

Não bastasse isso, o Código de Processo Civil possui alguns instrumentos fortalecedores do princípio da indisponibilidade do interesse público, que mesmo com a reforma de 2015 não foram suprimidos da legislação. A remessa necessária, sucedâneo recursal, estabelece que as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição (artigo 496 do CPC), fora algumas exceções previstas na lei. Assim, mesmo que o Procurador do caso não tenha interposto recurso, o processo será encaminhado ao Tribunal para análise e o órgão julgador pode modificar a decisão, mesmo não havendo pedido pela representação jurídica do Estado.

Outra manifestação desse princípio no processo civil é o prazo diferenciado para que o Estado apresente suas manifestações, incluindo a defesa em primeiro grau e eventuais recursos. Mesmo com a reforma o prazo estendido do Estado não foi suprimido. O prazo em dobro pode ser considerado um estímulo para que o Procurador apresente a defesa do Estado, influenciando na estratégia a ser adotada pelo advogado para a causa.

No âmbito administrativo, pode-se anotar como materialização do princípio da indisponibilidade a possiblidade de anulação dos atos administrativos pela Administração Pública em um prazo de 5 anos mesmo quando tenha efeitos favoráveis ao destinatário, o que afasta a regra do direito adquirido (artigo 54, lei federal nº 9.784/99). De fato, o enunciado da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal reforça a possibilidade de a Administração Pública anular seus próprios atos quando ilegais, pois desse vício não resulta direitos (Brasil, 1969).

Assim, por conta desse modo de atuação, a advocacia pública se vê moldada a criar, sustentar e aprimorar teses jurídicas que buscam negar ou limitar a existência de direitos, interpretando a legislação existente de forma restritiva quando se trata do reconhecimento de direitos às pessoas em geral. São teses como a da limitação da eficácia programática dos direitos fundamentais-sociais que por anos foi amplamente aceita nos tribunais e a tese da reserva do possível que veio emprestada do direito alemão e foi distorcida pela doutrina administrativista brasileira (Pimenta, 2012).

Assim, embora exista uma legislação bastante progressista em muitos temas, ela acaba inefetiva, pois a Administração Pública lhe nega vigência, sendo seguida pelos tribunais calçados nas teses defensivas apresentadas pelas procuradorias. É o caso, por exemplo, da lei de Concessão de Uso Especial para fins de Moradia (CUEM) em as procuradorias sustentam problemas processuais como o vício de competência para legislar sobre o assunto e problemas matérias como, por exemplo, a existência de mera detenção e invasão de imóvel público ou a existência de outros vínculos jurídicos como a locação. Nesse tema, a corrente administrativa também sustenta a inexistência de direito subjetivo, alegando se tratar de mera liberalidade pública. Assim, uma norma que buscava resolver uma questão pre-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

mente do país, o déficit habitacional e a ociosidade dos imóveis públicos, acaba tendo sua efetividade prática bastante restringida (Rodrigues, 2018).

3 ELEMENTO CONSTITUINTE DO ESTADO: O POVO

Para aplicar-se a filosofia heiddegeriana na Administração Pública é preciso, incialmente, responder a seguinte indagação: quem ou o que é o Estado? Para chegar à resposta é preciso se socorrer dos estudos em Teoria do Estado.

Numa conceituação bem elementar o Estado é constituído por indivíduos que possuem fins comuns e se agrupam para facilitar o alcance desses fins. Avançando no tema, pode-se dizer de forma mais concreta que o Estado é constituído por uma sociedade política na qual se busca criar condições para a realização dos fins particulares de seus membros, buscando coordenar a totalidade dos interesses individuais em função de um fim comum (Dallari, 2011).

No Estado moderno o povo é considerado elemento essencial. O elemento pessoal é necessário para a formação e existência do Estado. Sem o povo não é possível que haja Estado, pois é para ele que o Estado se forma. Os indivíduos, como membros do Estado, estão numa relação de coordenação quanto aos demais membros que os torna sujeitos de direitos. Mesmo com o Estado já constituído, o povo permanece como seu componente ativo, lhe conferindo condições para formar e externar sua vontade (Dallari, 2011; Reis, 2002).

O Estado é obrigado a agir para favorecer e proteger os indivíduos que são seus cidadãos. Por isso parte da doutrina de direito do Estado considera a existência de um outro elemento componente do Estado: a sua finalidade. O fim geral do Estado é aquele no qual o Estado é um meio para que seu povo possa atingir seus fins particulares. A finalidade seria, assim, a busca pelo bem comum do povo que se concretiza no conjunto das condições de vida em sociedade que permitam o desenvolvimento da personalidade humana em sua completude (Dallari, 2011).

A Administração Pública, por outro lado, simplesmente não consta entre os elementos essenciais ou constituintes do Estado: povo, território, finalidade e soberania. Ela existe apenas para fins de administrar a coisa pública, ou seja, uma distribuição de funções visando o melhor desempenho das atribuições do Estado, que como visto mais acima, prima pelo bem comum. As atividades estatais estão divididas em: elaborar as leis, executá-las e aplicá-las. Essas funções são exercidas tipicamente pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. A divisão de funções busca exercer um equilíbrio entre poderes, impedindo que quem faz as leis a execute ou julgue, que aquele que executa, faça leis ou julgue e que aquele que julgue, faça leis ou as execute (Dallari, 2011; Madeira, 2007).

Ao olhar especificamente para o Brasil, a Constituição Federal (artigo 1º, parágrafo único) é clara ao apontar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Brasil, 1988), assim também em seu preâmbulo em que se verifica que a Assembleia Nacional Constituinte é representante do povo brasileiro. É na Constituição Federal que se encontra a delegação de competência para a Administração Pública, ficando estipulado a quem compete cada função.

Fazendo um paralelo entre a Administração Pública e um empresário de músico famoso. O empresário administra o patrimônio, mas visa os interesses do músico e não seus próprios interesses. O mesmo ocorre com a Administração Pública que gere a coisa pública no interesse do povo. A Administração Pública sequer existe de corpo presente como o empresário, pois ela é uma ficção jurídica, de forma similar às empresas privadas.

4 O ENCOBRIMENTO DO SER PELO ENTE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Detalhados os conceitos, passa-se a aplicar a teoria de Heidegger. A Administração Pública é o ente e o povo constitui o ser, havendo uma relação circular e recíproca entre eles. O ente — a Administração Pública— deve atuar em prol de sua essência, ou seja, o ser que é o povo. Não existe ente sem o ser e, portanto, a atuação da Administração não pode nunca estar desvinculada do ser sob pena de

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

desvirtuamento do próprio ente. A própria legislação utiliza o termo "ente público" para se referir à Administração Pública, como se observa, por exemplo, na lei federal nº 14.129 de 2021 que trata do governo digital (artigos 3, III e XXI, entre outros).

Como sustenta Heidegger o ser foi encoberto pelo ente, ou seja, o povo foi encoberto pela Administração Pública. Assim, ao invés de haver uma preocupação com as necessidades do povo, as necessidades da Administração Pública passaram a ter primazia. Desa forma, o que deveria ser um mero instrumento facilitador e maximizador da realização das necessidades dos cidadãos que compõe o Estado, passou a ser considerado como figura com necessidades e interesses próprios, os quais, muitas vezes, estão em dissonância com as necessidades e interesses do povo. Por conta disso, é que se observa a preponderância do interesse secundário sobre o primário em se tratando do princípio da supremacia do interesse público.

O encobrimento do ser permitiu que um grande estado de coisas fosse criado e se perpetuasse em descompasso com a essência do ser, a tal ponto que os interesses da Administração Pública podem chegar a estar em conflito com os interesses de seu povo. É preciso, portanto, retornar à essência com o desvelamento do ser-ai da Administração Pública que é seu povo, aquele conjunto de cidadãos cujos interesses cabe à Administração velar pela realização.

Um exemplo a ser citado é o caso da manifestação do Advogado-Geral da União (AGU) nas ações diretas de inconstitucionalidade previsto na Constituição Federal. Por muito tempo ficou assentado o entendimento de que o AGU seria obrigado a defender a constitucionalidade da norma impugnada a todo custo. Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu por mitigar a norma para casos de jurisprudência já pacificada na Corte e em casos de flagrante inconstitucionalidade, o que poderia ser considerado uma oportunidade para o desvelamento do ser da Administração Pública (Brilhante, 2014).

Contudo, o que se verifica na doutrina institucional sobre o tema é muito mais uma preocupação com a autonomia institucional e mesmo com os interesses da própria União do que com a possibilidade da norma objeto da ADI ser contrária aos direitos fundamentais e outras cláusulas pétreas dispostas no texto magno, o que reforça o encobrimento do ser administrativo nas próprias procuradorias (Costa, 2017).

Como demonstrado acima, sob a perspectiva histórica e atual do ser-no-mundo proposto em Heidegger, o povo sempre foi o ser-ai dessa relação indivíduo/Estado. Isso se ratifica na Teoria do Estado com a formação dos Estados modernos e seus elementos constituintes. O ser-aí assim permanece em nosso país, como se observa pelas disposições da Constituição Federal brasileira que é a norma jurídica da maior hierarquia do país. Necessário, assim, adentrar na espiral hermenêutica para se chegar à essência do ser e ao verdadeiro conhecimento. Apenas na clareira do ser é possível encontrar a verdade quanto a correta atuação da Administração Pública.

Poderia até ser argumentado que uma pessoa não constitui o povo e que apenas no caso em que todo o povo estivesse atuando a questão poderia ser posta. Contudo, o povo não é uma integridade, ele é um conjunto que se constitui por elementos autônomos. Seria extremamente difícil estar em uma situação em que todo o povo fosse parte, nem nas ações coletivas em que os polos são alargados isso se mostra comum. Recorda-se, ainda, do movimento das Diretas Já que teve adesão massiva do povo brasileiro, mas não é possível dizer que a adesão ao movimento foi da integralidade da população. Se o povo é constituído por indivíduos, então o indivíduo constitui o povo. Além disso, é bastante difícil, que dirá impossível que o indivíduo demande algo que pertença a todo povo. O que se observa é o pleito de parcela, a qual efetivamente equivale à parcela correspondente àquele integrante do povo.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público deve ser inserido na espiral hermenêutica heideggeriana sob a perspectiva do desvelamento do ser para se chegar ao seu verdadeiro conteúdo. Não se nega, portanto, a existência do princípio, apenas se sustenta o encobrimento da verdade na forma como ele é

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

posto. Sequer se nega que se possa fazer uma divisão entre interesse primário e secundário, mas ela é desnecessária, pois só existe um interesse a ser perseguido que é o interesse do povo. Assim, mesmo que se considerasse essa divisão, o interesse primário deve sempre prevalecer, porquanto referente ao ser-aí. O mais importante, contudo, é compreender que uma demanda individual de um cidadão é uma demanda do povo, ou seja, o indivíduo que é cidadão brasileiro possui o mesmo status do ser-aí, constituindo a essência da Administração Pública.

A Administração Pública não pode ter interesses desvinculados de seu povo, esse seria um raciocínio de encobrimento do ser, que não é autorizado pela perspectiva heideggeriana. De fato, a Administração Pública sequer deve ser considerada portadora de interesses, pois os verdadeiros interesses são aqueles da essência do ente, ou seja, do *Daisen*.

Por outro lado, poderia ser debatido se é necessário o status de cidadão de um país para ser considerado parte de seu povo. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal confere status semelhante ao estrangeiro residente no país (artigo 5) e aos portugueses com residência permanente (artigo 12, §1). Existe, ainda, a questão do direito humanitário dos refugiados e apátridas e mesmo os compromissos firmados pelos Estados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Contudo, parece que existe no ponto uma questão de deliberação do próprio povo que poderia escolher de forma diversa, mas não o fez, como ocorre também em outros países.

Com a pré-compreensão da circularidade hermenêutica entre cidadão/povo e Administração Pública e a abertura hermenêutica do princípio da supremacia do interesse público, se observa a necessidade do desvelamento alcançado ser estendido ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

O princípio da indisponibilidade não gera a obrigatoriedade automática do advogado público de opor defesa em uma demanda judicial interposta pelo cidadão, pois cabe ao advogado público como membro da Administração estar a serviço do povo. Não há disponibilidade de bem ou interesse alheio, pois ao considerar legal o pleito de um cidadão face a Administração está-se conferindo a parcela que cabe àquela pessoa enquanto parte do povo, como dito mais acima. Há, portanto, uma discussão que envolve interesse próprio de indivíduo que integra o povo e é a essência do Estado.

Tome-se como exemplo a Concessão de Uso Especial da fins de Moradia. Se o Procurador observa presentes os pressupostos legais (Medida Provisória nº 2.220 de 2001 editada antes da EC nº 32 de 2001), não é necessário que ele crie alguma teoria rebuscada ou formalista para impedir o reconhecimento do direito, ele pode simplesmente concordar com o pleito ao demonstrar que os parâmetros legais foram observados. Não há prejuízo nessa manifestação que zela pela efetividade do direito constitucional fundamental-social de moradia e pelo princípio da função social dos bens públicos, retirando apenas um imóvel do grande passivo de bens sem uso do Estado e conferindo segurança jurídica à posse daquele indivíduo (CNDH, 2018).

Cabe notar que se revela contraditório exigir uma posição sempre defensiva dos advogados públicos em juízo, quando essa conduta não é também exigida quando o pedido é feito pela via administrativa, caso em que a Administração pode simplesmente o acolher. Como é sabido, muitas ações judiciais não são precedidas de pedidos administrativos, sendo a citação da Administração o primeiro momento de efetiva análise daquela pretensão. Dessa forma, a audiência de conciliação e mediação incorporada ao rito ordinário do processo civil se revela uma ótima oportunidade para o Procurador solucionar em definitivo a demanda. Contudo, na prática, muitas vezes, os Procuradores sequer comparecem a essas audiências, tornando quase nula a efetividade desse instrumento processual.

Além disso, ao considerar-se o princípio da legalidade em sua manifestação estrita não se vislumbra efetivamente escrito na legislação uma obrigatoriedade mandatória de defesa aos advogados públicos. A Constituição Federal ao tratar da advocacia pública não faz essa exigência, a lei completar federal nº 73 de 1993 que disciplina a AGU também não, e a lei federal nº 8.112 de 1990 que disciplina os

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

deveres dos funcionários públicos federais, não trata do assunto. Por outro lado, o pedido do cidadão pode ter base legal, sendo resguardado pelo guarda-chuva da legalidade que é um princípio explicito a ser seguido pela Administração Pública.

Os administrativistas sustentam que o princípio da indisponibilidade estaria previsto no artigo 2, parágrafo único, II, da lei federal nº 9.784 de 1999 (Pietro, 2016). Contudo, essa não é uma lei geral, ela regula apenas o processo administrativo em âmbito federal. Além disso, considerando a interpretação baseada no desvelamento do ser proposta nesse trabalho, a atuação do advogado público em prol do cidadão não conflita com a redação da norma, ela, na verdade, a observa, pois atende ao fim geral sem renunciar a poderes ou competências.

Não se desconhece que a existência de norma específica sobre a questão posta em juízo facilite a aplicação do que é proposto. Contudo, é possível destacar um princípio expresso como um norte ao Procurador que é o princípio *pro persona* disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, artigo 29). O princípio *pro persona* busca traçar um parâmetro interpretativo das normas da CADH que prima sempre pelo maior alcance dos direitos das pessoas (Amorim; Torres, 2017). Embora ele esteja consagrado no direito internacional dos direitos humanos, faz parte de nossa legislação nacional, porquanto a CADH foi internalizada pelo Brasil. Ademais, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do *in dubio pro reo* refletiriam a mesma *mens legis* na Constituição Federal.

Interessante notar como no sistema internacional dos direitos humanos no âmbito da OEA que é a organização dos *Estados* Americanos se observa com maior facilidade o desvelamento do ser, ao menos em se tratando da legislação. A pessoa humana é considerada o centro e parâmetro para apreciação de qualquer questão, mesmo quando em um dos polos está um Estado membro acusado de violação às normas do sistema.[1]

1 Cabe recordar que no sistema interamericano o governo brasileiro é representado juridicamente pela AGU (artigo 131 da CRFB/88), de modo que o debate aqui proposto também se estende a esse sistema regional de defesa de direitos humanos.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

Como visto, é plenamente possível utilizar as proposições filosóficas de Heidegger para compreender o efetivo mecanismo de existência da Administração Pública. De fato, como Heidegger sustenta, é possível observar que na Administração Pública o fenômeno do encobrimento do ser também se manifesta e isso levou a um decaimento e a um conhecimento inautêntico do ser.

O ente — Administração Pública — encobriu de tal forma o ser — povo — que os mecanismos jurídicos que deveriam estar apoiando os interesses do povo, passaram a apoiar os interesses de uma ficção, a Administração. Com isso, princípios administrativos que deveriam observar o interesse do ser-aí, passaram a ser analisados com base no ente e no encobrimento do ser.

Assim, através da pré-compreensão e do desvelamento do ser foi possível reinterpretar os princípios administrativos da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público tendo por base o ser-aí, o povo, tanto em sua manifestação coletiva como individual.

Considerando a clareira do ser da Administração Pública pode-se compreender que os advogados públicos não são obrigados a defender a Administração, mas sim o povo, de forma que não lhe é negada a possibilidade de concordar com pedidos em demandas judiciais feitos por cidadãos em busca da efetividade de direitos que estejam garantidos pela lei.

Assim, a bússola do Procurador ao analisar um caso deve ser o princípio *pro persona* que estabelece que a hermenêutica jurídica tenha por base a pessoa humana. Os advogados públicos não estão limitados a não exercer a defesa aos casos previstos em normas internas ou em legislações específicas, podendo apresentar manifestações fundamentadas que sejam favoráveis aos pleitos das pessoas quando estes tenham amparo em lei, devendo sempre primar pela interpretação mais favorável ao administrado.

A mesma posição e direção ao desvelamento do ser deve ser observada pelos magistrados nos casos de remessa necessária, pois como servidores públicos que são devem estes também compreender a ontologia fundamental velada na Administração Pública.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

AGU - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Portaria nº 534, de 22 de dezembro de 2015. Fixados procedimentos para desistência de recurso pelos Advogados e Procuradores Federais. **Diário oficial da União**: seção 2, Brasília, DF, ed. 215, 23 dez. 2015, p. 1. Disponível em: https://www.contabeis.com.br/legislacao/764477/portaria-agu-534-2015/ **.** Acesso em 16 jan. 2022.

AGU - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Portaria nº 11, de 8 de junho de 2020. Regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da União e de seus órgãos de execução, o procedimento de celebração de acordos destinados a encerrar, mediante negociação, ações judiciais ou a prevenir a propositura destas, relativamente a débitos da União. **Diário oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ed. 11, 12 jun. 2020, p. 11. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-8-de-junho-de-2020-261278373. Acesso em: 21 jan. 2022.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de; TORRES, Marcio Roberto. A interpretação *pro homine* da convenção americana de direitos humanos: desafios e perspectivas. **Revista Prisma Jur,** São Paulo, v. 16, n. 1, p. 152-280, 2017. DOI 10.5585/PrismaJ.v16n1.7346.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Procuradoria da Fazenda Nacional. **Portaria nº 502, de 12 de maio de 2016**. Revoga as Portarias PGFN Nº 294, de março de 2010, PGFN nº 276, de maio de 2015 e o item 3.8, coluna "múltiplas assinaturas (item 3.6.5)", (sic – item 3.7.5) no que se refere à nota justificativa, da Portaria PGFN º 870, de 24 de novembro de 2014, e dispõe sobre a atuação contenciosa judicial e administrativa dos Procuradores da Fazenda Nacional. Brasília, DF: Procuradoria da Fazenda Nacional, 2016. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/temas-com-dispensa-de-contestar-e-recorrer/portaria-pgfn-502-texto-consolidado-ate-portaria-19581-alterada-2020.pdf. Acesso 14 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados. Brasília, DF: STF, 1969. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602#:~:text=A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20pode%20anular%20seus,os%20casos%2C%20a%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20judicial. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRILHANTE, Igor Aragão. Virada jurisprudencial sobre o papel da AGU nas ADIs: contexto e lições. **Revista da PGFN**, Brasília, DF, ano 4, n. 8, p. 54-70, 2014. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-pgfn/ano-iv-numero-8-2014/r8g.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

CNDH - CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 10, de 17 de outubro de 2018.** Dispõe sobre soluções garantidoras de direitos humanos e medidas preventivas em situações de conflitos fundiários coletivos rurais e urbanos. Brasília, DF: CNDH, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/outubro/resolucao-para-garantia-de-direitos-humanos-em-situacoes-de-conflitos-por-terra-e-aprovada-pelo-conselho-nacional-dos-direitos-humanos/copy_of_Resoluon10Resoluosobreconflitospossessriosruraiseurbanos.pdf. Acesso em: 12 dez. 2023.

COSTA, Renato Saeger Magalhães. Autonomia técnica do AGU à luz do dever de defesa da lei ou ato normativo impugnado em controle de constitucionalida-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

de perante o STF. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 16, n. 3, p. 267-286, jul./set. 2017. DOI: https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.16.n.03.2017.946.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REIS, Freide. **Curso de ciência política e teoria geral do estado**: teoria constitucional e relações internacionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução a metafísica**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1999a.

HEIDEGGER, Martin. **O princípio do fundamento**. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999b.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2. ed. Rio de Janeiro: Templo brasileiro, 1995.

HEIDEGGER, Martim. A origem da obra de arte. *In*: HEIDEGGER, Martim. **Caminhos de floresta**. Tradução de Irene Borges-Duarte e Filipa Pedroso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública**: centralizada e descentralizada. 9. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2007. t. 1.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Hermenêutica e direto**: a hermenêutica de Heidegger na (re)fundamentação do pensamento jurídico, 2. ed. Rio de Janeiro: editora Processo, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PALMER, E. Richard. **Hermenêutica.** Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de informação Legislativa,** Brasília, ano 49, n. 193, p. 7-20, jan./mar. 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496554. Acesso em: 15 abr. 2024.

RODRIGUES, Michelle Cordeiro. Concessão de uso para fins de moradia: breve estudo e crítica de legislação e jurisprudência. *In:* MOTA, Maurício Jorge Pereira, TORRES, Marcos Alcino de Azevedo e MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Direito a moradia e regularização fundiária.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger.** Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1989.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.45107

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A ESFERA PÚBLICA E O DEBATE POLÍTICO NO ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS

THE PUBLIC SPHERE AND POLITICAL DEBATE WITHIN SOCIAL NETWORKS

Maiara Motta

Doutoranda, Mestre e Bacharel em Direito pela UNESP (FCHS/Franca). Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Bolsista Capes. E-mail: maiara.motta@live.com.

Ana Cristina Alves de Paula

Doutoranda, Mestre e Bacharel em Direito pela UNESP (FCHS/Franca). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: a.cris.direito@gmail.com.

Regina Claudia Laisner

Doutora em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR). Professora Assistente UNESP/FCHS. E-mail: regina.laisner@unesp.br.

Como citar: MOTTA, Maiara; PAULA, Ana Cristina Alves de; LAISNER, Regina Claudia. A esfera pública e o debate político no âmbito das redes sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 70-85, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.45107. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 30/11/2021

Aceito em: 07/10/2024

Resumo: Tendo como referência básica a obra *Direito e Democracia*, em que Habermas desenvolve seu conceito de política deliberativa como cerne do processo democrático, este artigo propõe-se a explorar a concepção de esfera pública do autor e sua relação com o debate político atual. Seu principal propósito é responder à pergunta se é possível considerarmos as redes sociais como o ambiente contemporâneo correspondente à parte da arena habermasiana para o exercício da política deliberativa, e consequentemente da democracia e da cidadania. Para a realização dessa pesquisa exploratória, utiliza-se material bibliográfico e emprega-se a metodologia do raciocínio hipotético-dedutivo em uma vertente jurídico-sociológica. Como conclusão, indica-se a possibilidade de se considerar, ao menos teoricamente, as redes sociais como parte da arena em que as demandas políticas são identificadas, constitutivas portanto da esfera pública que, a partir das racionalidades comunicativas, podem permitir a realização da política deliberativa. Contudo, na prática, os pressupostos teóricos não são satisfatoriamente preenchidos, o que prejudica o verdadeiro debate político.

Palavras-chave: esfera pública; política deliberativa; democracia; redes sociais; Direito.

Abstract: Having as primary reference the work *Law and Democracy*, in which Habermas develops his concept of deliberative politics as the core of the democratic process, this article proposes to explore the author's conception of the public sphere and its relationship with the current political debate. Its main purpose is to answer the question whether it is possible to consider social networks as the contemporary environment corresponding to the Habermasian arena for the exercise of deliberative politics, and consequently of democracy and citizenship. To carry out this exploratory research, bibliographic material is used and the methodology of hypothetical-deductive reasoning is employed in a legal-sociological aspect. As a conclusion, it is indicated the possibility of considering, at least theoretically, social networks as part of the arena in which political demands are identified, thus constituting the public sphere which, based on communicative rationality, can allow the realization of deliberative politics. However, in practical application, the theoretical postulates are not satisfactorily fulfilled, which jeopardizes the true political debate.

Keywords: public sphere; deliberative politics; democracy; social networks; Law.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Como ponto de partida de sua análise, "Habermas entende que toda ação, como expressão autêntica da racionalidade humana é comunicativa" (Almeida, 2018, p. 129). Assim, com base na racionalidade do discurso, o autor busca construir os elementos que compõem a sua teoria da política e, consequentemente, da democracia, tendo a comunicação como um conceito central.

> Assim, nas suas primeiras obras já se pode observar a presença em germe de conceitos que serão cruciais para a consolidação da sua teoria política nos anos 80 e 90. Da ideia de uma comunidade ideal de fala, decorre a ideia de consenso universal, que só aparecerá de maneira explícita em escritos posteriores, como expressão da racionalidade dialógica que reúne os homens em torno de seus interesses comuns e une os cidadãos em nome do ideal de bem comum (Almeida, 2018, p. 130).

Inicialmente, nesta comunidade ideal de fala, faz-se importante compreender a especificidade da interpretação da linguagem para o pensador alemão que, diferentemente de outros autores de referência no tema, ocupa-se muito menos do aspecto semântico da fala, concentrando-se muito mais na forma como ela é usada, na configuração das relações propriamente ditas. Desta comunidade há ideia de um consenso mais amplo em que "pode-se afirmar que a linguagem é adotada, na perspectiva da pragmática universal de Habermas, como coordenadora das expressões humanas. Ela é um *médium* de todo entendimento possível" (Almeida, 2018, p. 131-132).

Portanto, nos termos postos, comunicação e linguagem, desde o início das reflexões habermasianas, se estabelecem como elementos centrais da análise política e interpretação da democracia. Mas, é na publicação de sua obra acerca da teorização sistemática da ação comunicativa, *Theoria des Kommunikativen Handelns*, publicada originalmente em 1981, que o caráter prescritivo destes elementos assume uma configuração mais consistente e mais propriamente pragmática. "Desde então, o pensamento de Habermas assumiria um caráter nitidamente normativo" (Almeida, 2018, p. 131).

A partir desta obra seminal é que Habermas propõe alguns princípios de institucionalização da ação comunicativa, evocando o Direito como mecanismo de regulamentação das relações sociais. Mas, é na obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (*Faktizität und Geltung*, no título original em alemão), publicada em 1992, que mais sistematicamente o filósofo Jürgen Habermas analisa os modelos tradicionais de teorias políticas (republicana e liberal) e de democracia (empirista e normativista) para propor o conceito normativo de política deliberativa enquanto procedimento como base de sua perspectiva de democracia. Nela, esta perspectiva recebe maior detalhamento, assim como o papel da esfera pública e de sua penetração mais efetiva sobre o político é aprofundado, com maior ênfase na institucionalização e no papel do Direito.

Conforme explica Lubenow (2010, p. 232),

> Esta concepção normativa gera uma matriz conceitual diferente para definir a natureza do processo democrático, sob os aspectos regulativos (ou exigências normativas) da publicidade, racionalidade e igualdade. Embora também tenha um caráter empírico-explicativo, a ênfase da concepção habermasiana de democracia procedimental assenta no caráter crítico-normativo. A concepção procedimental de democracia é uma concepção formal e assenta nas exigências normativas da ampliação da participação dos indivíduos nos processos de deliberação e decisão e no fomento de uma cultura política democrática.

O autor, portanto, refere-se aqui à regulamentação necessária para mediar ações entre Estado e sociedade civil, garantindo a integração social. Contudo, a concepção de sociedade civil é tida como "ambígua" por Bento (2002, p. 175) pois,

> [...] ora é definida num sentido mais estrito, tal como na tradição marxista, como o conjunto das relações econômicas de produção, caso em que a esfera pública atuaria como um terceiro espaço, de mediação entre a sociedade civil e o Estado [...]. Contudo, em outros momentos ela aparece num sentido mais hegeliano, porém não propriamente, como contraposta simplesmente ao Estado. Nesse sentido, sociedade civil designaria o não-Estado, compreendendo assim, inclusive, a esfera pública (não estatal).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Com relação aos propósitos deste artigo, é suficiente mencionar-se que a sua visão de sociedade civil está fortemente ligada a associações não estatais e não econômicas. Desse modo,

> [...] trata[m]-se de associações formadoras de opinião. Ao contrário da grande maioria dos partidos políticos estatizados, não pertencem ao sistema administrativo, porém obtêm eficácia política graças a sua influência publicística, seja porque participam diretamente da comunicação pública, seja por causa do caráter programático de suas atividades, como no caso de projetos alternativos, que, com seu exemplo, contribuem implicitamente para a discussão pública" (Habermas, 2014, p. 82-83).

Na linha desta compreensão alargada da sociedade civil e de seu papel na configuração das ações e respectivas interpretações na esfera pública é que surge a interrogação que orienta este trabalho com vista a um olhar contemporâneo sobre a temática: as redes sociais podem ser consideradas o equivalente atual à arena habermasiana para o exercício da política deliberativa e da democracia?

Para atingir esse objetivo, inicialmente, apresentam-se algumas tarefas essenciais como: compreender o que é a esfera pública habermasiana, definir o que é a política deliberativa e relacionar os dois elementos à realização da democracia. Compreendidos esses institutos, pondera-se, então, sobre a possibilidade (e a viabilidade) de relação entre redes sociais, realização da política deliberativa e exercício da democracia.

Trata-se de pesquisa exploratória, a qual "objetiva desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias" (Henriques; Medeiros, 2017, p. 98), com a utilização de materiais bibliográficos de modo a refletir tema tão atual e relevante à democracia e seus destinos. Quanto à metodologia empregada, é hipotético-dedutiva e possui vertente jurídico-sociológica, a qual "analisa o Direito como variável dependente da sociedade" (Gustin; Dias, 2010, p. 22), considerando nas relações inextricáveis entre Direito e sociedade a responsabilidade da área, no cenário de mudanças sociais, de refletir e zelar pela sociedade em todos os ambientes, visando a manutenção do Estado democrático de direito.

1 A ESFERA PÚBLICA: LEITURAS E RELEITURAS

A compreensão do conceito de esfera pública em Habermas ultrapassa a obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, posto que muitas ponderações são encontradas nas obras cronologicamente anteriores, como *Mudança estrutural da esfera pública* (*Strukturwandel der Öffentlichkeit*), originalmente publicada em 1962 e republicada com um novo prefácio em 1994, e *Teoria da ação comunicativa* (*Theorie des kommunikativen Handelns*), publicada em 1981[1].

Com destaque para a definição de esfera pública encontrada em *Mudança estrutural da esfera pública*, logo na introdução Habermas (2003, p. 42) define a esfera pública burguesa como "a esfera das pessoas privadas reunidas em um público". Esta afirmação parece indicar que a construção da esfera pública tem a ver com o aprendizado comunicativo da vida coletiva, a partir das experiências íntimas dos indivíduos. Esta subjetividade descoberta no interior das relações da intimidade familiar, encontra seu público inicialmente na esfera pública literária do século XVIII e XIX, suas instituições nas casas de café, nos salões e nas comunidades de comensais. Para o autor, estes são espaços que, a despeito de suas especificidades, têm em comum a tarefa de organizar a discussão permanente entre as pessoas privadas, na qual firma-se uma certa igualdade, baseada na autoridade do argumento em uma "comunicação racional".

Habermas considera que a realidade da publicidade burguesa exigiu e fomentou uma base comum de linguagem, permitindo que homens individuais, apesar de suas diferenças, deliberassem como se fossem iguais, ou pelo menos em perspectiva de uma "referência comum", um critério que permitia a participação na vida pública, donde o autor extrai o seu ideal normativo para uma esfera pública politicamente ativa.

1 Além das obras originais, indica-se para aprofundamento sobre a transformação histórica e a modificação do conceito habermasiano de esfera pública (Campato, 2002).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Com o passar do tempo e críticas recebidas, Habermas passou a compreender a necessidade de o debate político racional ser institucionalizado, de modo a serem estabelecidas condições prévias e procedimentos legais que orientassem a comunicação pública na realização do debate racional. Assim, a legitimação das decisões não decorreria da vontade, mas efetivamente da deliberação, ou seja, do processo de formação dessa vontade (Habermas, 2014, p. 73-74).

Na chamada renovação de suas ideias sobre o conceito de esfera pública entre a década de 1980 e de 1990, "mantém-se a distinção entre regulação, integração e coordenação social, recursos mantidos graças ao dinheiro, poder administrativo e solidariedade. Todavia, muda-se a relevância que cada um desses recursos assume no contexto das relações sociais" (Almeida, 2018, p. 173). Assim, no texto habermasiano intitulado *A crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*, publicado em 2005 na obra *Diagnósticos do tempo: seis ensaios* (*Zeitdiagnosen*: Zwölf Essays 1980-2001), a ênfase recai sobre a solidariedade e sobre a integração social, visando compatibilizar as duas primeiras estruturas (a regulada pelo dinheiro e a do poder administrativo) com a chamada "rede de esferas públicas autônomas, informais e auto organizadas" (Almeida, 2018, p. 173).

A esta altura, em 1985, na 3ª edição de *Teoria da ação comunicativa*, já passa a ser reconhecida pelo autor a importância de novos meios de comunicação social com "agentes potenciais de divulgação dos processos de formação discursiva da opinião e da vontade, nas várias esferas públicas" (Almeida, 2018, p. 174) – isso antes mesmo da cogitação da expansão da *internet* e do papel das redes sociais na permeabilidade da interação entre várias esferas públicas. Essa expansão ocorre porque nessa pluralidade de esferas públicas, há dois ambientes principais: os informais, formados pela sociedade, e os locais formais vinculados ao Estado. Explica Almeida (2018, p. 12) que:

> [...], segundo a ótica habermasiana, coexistem duas forças nas sociedades modernas, complexas e pluralistas: as esferas públicas informais, como as associações voluntárias, sensíveis aos problemas sociais e as instituições de tomadas de decisões formais, como os tribunais e o parlamento, que representam o Estado de Direito, com seu aparelho burocrático. Trata-se de instituições legais e mecanismos políticos, legitimamente constituídos, encarregados de transformar o poder comunicativo, oriundo da sociedade civil em poder administrativo.

Portanto, considerando que a esfera pública (*Öffentlichkeit*) pode ser compreendida como "o domínio da nossa vida social na qual algo semelhante à opinião pública pode ser formado" (Habermas; Lennox; Lennox, 1974, p. 49), são reconhecidos dois principais locais em sua composição: as esferas públicas formais e as esferas públicas informais.

Ou seja, nesse contexto, as esferas públicas informais são aquelas em que os cidadãos fazem uso público da razão. A soberania popular decorre da liberdade nesses espaços informais de formação da ação comunicativa que, mesmo não sendo institucionalizados, permitem o debate e o compartilhamento de ideias no âmbito social. Desse modo, é no âmbito das esferas públicas informais em que há a formação da opinião e da vontade da sociedade por meio dessa ação comunicativa, para que seja conhecida a vontade da maioria. Esses elementos são essenciais para conceber o caráter democrático à discussão. Conforme elucida Almeida (2018, p. 182),

> Nesse sentido, a esfera pública pode ser considerada uma instância deliberativa, na medida em que reúne o maior número possível de contribuições sobre as mais diversas questões em pauta. Significa dizer: a esfera pública é o espaço onde razões empíricas, técnicas, prudenciais, éticas, morais ou jurídicas se integram com um propósito único, o entendimento entre sujeitos racionais sobre temas de interesse comum.

No prefácio da republicação de *Mudança estrutural da esfera pública*, Habermas reconhece que "a mudança estrutural da esfera pública ocorre mais uma vez com o surgimento dos meios de comunicação de massa eletrônicos, com a nova relevância da propaganda, com a crescente fusão de entretenimento e informação" (Habermas, 2014, p. 57).

Desse modo, além da mídia tradicional de massa, deve-se reconhecer o papel fundamental desempenhado pela *internet*, a qual propiciou a difusão das redes

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

sociais como locais em que os usuários podem expressar sua opinião. Habermas (2014, p. 58) destaca a influência da mídia e sua manipulação da publicidade, de modo que:

> A esfera pública, ao mesmo tempo pré-estruturada e dominada pelos meios de comunicação de massa, tornou-se uma arena permeada de relações de poder, na qual, por meio de temas e contribuições, ocorre uma disputa não apenas em torno da influência, mas também sobre o controle que incide sobre os fluxos comunicativos comportamentalmente eficazes e que oculta o máximo possível suas intenções estratégicas.

Assim, na utilização das esferas públicas como locais de debates para que se possa realizar a chamada política deliberativa, não se pode olvidar os poderes e os controles que incidem sobre esses meios, sendo necessário distinguir quando o processo de comunicação é realizado por um grupo que realiza intervenções na esfera pública com a finalidade de influenciar decisões - denominadas "intervenções usurpadoras" (Habermas, 2014, p. 58) na esfera pública.

2 A POLÍTICA DELIBERATIVA E O CONCEITO NORMATIVO DE DEMOCRACIA

Habermas (1997, p. 27) elenca quatro elementos essenciais para a procedimentalização da democracia, a qual deve garantir: "a) a participação política do maior número possível de pessoas privadas; b) a regra da maioria para decisões políticas; c) os direitos comunicativos usuais e com isso a escolha entre diferentes programas e grupos dirigentes; d) a proteção da esfera privada". Esses elementos compõem o conteúdo mínimo de um Estado democrático.

Porém, para a efetiva institucionalização do processo democrático, é essencial compreender como é composta a maioria – e, para isso, fazem-se necessárias a comunicação e a racionalização. A perspectiva habermasiana reforça a institucionalização de discursos e negociações, ou seja, formas de comunicação que devem pautar uma suposta "racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo" (Habermas, 1997, p. 27).

Desse modo, Habermas utiliza os conceitos de John Dewey para estabelecer que para se chegar ao que pode ser definido como ideia da maioria, são necessários os vários debates e a consideração da opinião das minorias (Dewey, 1954 *apud* Habermas, 1997, p. 27). Assim, pontua que "a política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade a qual preenche sua função social e integradora" (Habermas, 1997, p. 27-28).

Então, conclui-se, inicialmente, que o cerne da política deliberativa versa sobre a estrutura do discurso e este enseja a formação de opiniões e vontades, visando uma "*qualidade* racional de seus resultados" (Habermas, 1997, p. 28).

A chamada "teoria normativa do conceito de democracia" exige "processos formais *constitucionais* de comunicação e decisão" (Habermas, 2014, p. 78). Por isso, a teoria da democracia adotada por Habermas tem grande preocupação com a institucionalização, desde pressupostos, arranjos e mecanismos de realização do controle político.

Consequentemente, acerca da relação entre esfera pública e a teoria normativa da democracia, pode-se conceituar "'esfera pública política', na qualidade de síntese daquelas condições de comunicação em que se pode realizar a formação discursiva da opinião e da vontade de um público de cidadãos" (Habermas, 2014, p. 71-72). É, pois, uma relação essencial na democracia normativa. Nesse sentido, Lubenow (2010, p. 231) elucida que Habermas,

> Com isso, quer resolver o problema de como a formação discursiva da opinião e da vontade pode ser institucionalizada, da ação recíproca entre as esferas informais do mundo da vida com as esferas formais dos processos de tomadas de decisão institucionalizados, de como transformar poder comunicativo em poder administrativo.

Assim, surge a proposta de uma democracia que seja procedimental e deliberativa com um modelo entre a teoria política republicana (fundamentada na

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

soberania popular e na vontade geral) e a teoria política liberal (a qual prioriza os interesses particulares e as liberdades individuais).

Esse procedimento democrático deliberativo, no qual o princípio da legitimidade decorre justamente do procedimento democrático e do acordo racional consequente da deliberação, segue o que Lubenow (2010, p. 232) denomina de exigências normativas "da publicidade, racionalidade e igualdade". Além disso, o procedimento tem o aspecto formal normativo, fundado "nas exigências normativas da ampliação da participação dos indivíduos nos processos de deliberação e decisão e no fomento de uma cultura política democrática" (Lubenow, 2010, p. 232).

No procedimento democrático deliberativo, a norma (formal) indica quem participa da discussão e como (no sentido de se verificar a legitimação no modo de participação). Contudo, as chamadas "as regras do jogo democrático (eleições regulares, princípio da maioria, sufrágio universal, alternância de poder) não fornecem nenhuma orientação nem podem garantir o 'conteúdo' das deliberações e decisões" (Lubenow, 2010, p. 232). Nesse sentido, em consequência à legitimação, conclui-se que

> Logo, a aceitação racional de formas jurídicas fundamenta-se a partir de deliberações, enquanto processos de negociação equitativos. O que faz da concepção habermasiana de deliberação uma instância procedimental, na medida em que a aceitação racional dos resultados supõe a institucionalização jurídica das formas de discussão racional e de negociação equitativa (Almeida, 2018, p. 182).

A partir das ideias de J. Cohen, para o qual o procedimento deliberativo tem como elemento essencial a argumentação pública de cidadãos, Habermas diferencia sua teoria da proposta do autor. Isso porque Habermas visa aplicar o procedimento a questões políticas de um Estado de direito. Por outro lado, ele compreende que a teoria de Cohen visava ser aplicada a "*todas* as instituições sociais (nem mesmo para todas as instituições do Estado)" (Habermas, 1997, p. 28). Consequentemente, isso envolveria toda a sociedade e teria reflexos na "socialização do *sistema jurídico* [que] teria de se alargar, assumindo a forma de uma auto-organização da *sociedade*, e penetrar sua complexidade" (Habermas, 1997, p. 28-29). Percebe-se, então, que o campo de aplicação de Cohen seria mais amplo do que o considerado por Habermas.

Contudo, mesmo com essas diferenças, Habermas extraiu do debate com Cohen quatro postulados aplicáveis à política deliberativa em prol da auto-organização da sociedade:

> a) As deliberações realizam-se de forma argumentativa, portanto, através da troca regulada de informações e argumentos entre as partes, que recolhem e examinam criticamente propostas. b) As deliberações são inclusivas e públicas. Em princípio, ninguém deve ser excluído, pois todos os possíveis interessados nas decisões têm iguais chances de acesso e de participação. c) As deliberações são livres de coerções externas. Os participantes são soberanos na medida em que estão submetidos apenas aos pressupostos da comunicação e às regras do procedimento argumentativo. d) As deliberações também são livres de coerções internas que poderiam colocar em risco a situação de igualdade dos participantes. Cada um tem as mesmas chances de ser ouvido, de apresentar temas, de dar contribuições, de fazer propostas e de criticar. Tomadas de posição em termos de sim/não são movidas exclusivamente pela força não coativa do melhor argumento (Habermas, 1997, p. 29).

As considerações de Habermas a respeito das possibilidades da política deliberativa em prol da auto-organização da sociedade e do avanço do espaço democrático são extremamente valiosas. Porém, várias questões se impõem à reflexão. Em primeiro lugar, Habermas não definiu qual seria a concepção de regulamentação das informações e dos argumentos. Em segundo lugar, a teoria não responde a questões práticas de como viabilizar a potencial participação de todos os cidadãos, considerando a grande quantidade e variabilidade de pessoas em tantos lugares.

A teoria habermasiana não explicou quem seriam os agentes externos que poderiam tentar coagir – se são realmente agentes externos dessa população que se auto regulamenta ou se nesse conceito seriam inseridos também aqueles participantes que possuem formas distintas de pensar. Igualmente, não há a resposta (ou uma proposta) de como realizar a regulamentação necessária para se garantir que haja o cumprimento dessas regras do procedimento argumentativo para

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

evitar coações externas e internas, bem como assegurar a igualdade (e a viabilidade) para que todos os interessados possam se comunicar.

Outras questões discutidas por Habermas são os elementos de caráter político, estabelecendo que: 1. A decisão da maioria é o meio utilizado para concluir as deliberações – mesmo que haja a possibilidade de rediscussão; 2. Todas as matérias que podem ser regulamentadas são potencialmente objeto da discussão deliberativa; 3. O consenso nas deliberações não se pauta somente em valores comuns, de modo que as deliberações precisam incluir interpretações, transformações e pontos de vista sociais além da política (Habermas, 1997, p. 30). E, em relação a estes aspectos, o próprio autor já os identifica como incompletos para a descrição da política deliberativa, pois "não há enunciados sobre a relação existente entre as deliberações, que são reguladas através de *processos democráticos*, e os processos de formação informal da opinião na esfera pública" (Habermas, 1997, p. 32).

Ademais, restam questionamentos acerca das possibilidades de: i. como institucionalizar "uma formação discursiva da opinião e da vontade de modo a poder superar o desnível entra autointeresse esclarecido e a orientação pelo bem comum" (Habermas, 2014, p. 75) e; ii. como fazê-lo sem caracterizar influência, seja interna ou externa.

Diante de todos estes questionamentos, alguns já apontados pelo próprio autor, outros decorrentes de suas reflexões, Habermas reconhece que há desvios do seu modelo proposto de socialização comunicativa pura, de modo que "nenhuma sociedade complexa conseguirá corresponder ao modelo de socialização comunicativa pura, mesmo que sejam dadas as condições favoráveis" (Habermas, 1997, p. 54).

Assim, a sociedade puramente comunicativa, idealmente proposta, é uma aproximação teórica porque parte do pressuposto de se tratar de uma "sociedade sem direito e sem política, projetando a ideia da auto-organização sobre a sociedade em sua totalidade" (Habermas, 1997, p. 55). De todo modo, isso não desmerece a proposição do conceito procedimental de democracia em que o discurso social é realizado por meio do Direito. E, nesse contexto, é essencial identificar como efetivamente ocorre essa deliberação política para, posteriormente, avaliar se, atualmente, as redes sociais, por meio da *internet*, podem ser compreendidas como um dos locais de exercício da política deliberativa – e, consequentemente, da democracia e da cidadania.

3 A ARGUMENTAÇÃO DA SOCIEDADE E SUA LEGITIMAÇÃO NA POLÍTICA DELIBERATIVA

A relação entre legitimação e soberania popular tem diferentes concepções teóricas. A partir da teoria liberal, "a formação democrática da vontade tem como função única a *legitimação* do exercício do poder público" (Habermas, 1997, p. 22). Desse modo, as eleições conferem esse poder ao governo que se justifica quanto ao seu uso tanto para a esfera pública, quanto para o Parlamento. Já pela perspectiva republicana,

> [...] a formação democrática da vontade tem uma função muito mais importante, que é a de *construir* a sociedade como uma comunidade política e manter viva, em cada eleição, a recordação desse ato fundador. Para exercer um mandato amplamente livre, o governo, além de receber o poder de escolher entre equipes de direção concorrentes, vincula-se programaticamente à realização de determinadas políticas (Habermas, 1997, p. 22-23).

Enquanto para os liberais a função da formação da vontade é legitimar o exercício do poder político, para os republicanos essa função é de constituir e manter a sociedade como uma comunidade (Habermas, 1997). Por outro lado, Habermas defende que sua teoria da democracia deliberativa inova com a proposição de relacionar o procedimento democrático com a perspectiva da teoria do discurso.

> Para ela processos e pressupostos comunicativos de formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei. *Racionalização* significa mais do que simples legitimação, porém menos do que a constituição do poder. [...], as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede ampla de

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> sensores que reagem à pressão de situações problemáticas da sociedade como um todo e estimulam opiniões influentes. A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode "dominar" por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo (Habermas, 1997, p. 23).

Logo, a opinião pública, nesse processo comunicativo racional, supera o *status* de legitimação, porém, não constitui efetivamente o poder – embora tenha as condições para guiá-lo. Por isso, nesse contexto, a soberania popular deve ser compreendida como a incorporação dos cidadãos ao procedimento democrático por meio da institucionalização de procedimentos formais para que seja realizada a manifestação da opinião e da vontade, ou que isso se faça de modo informal.

E, assim, na teoria da comunicação, defende-se a política deliberativa, a qual "não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal" (Habermas, 1997, p. 21).

Nessa teoria da política deliberativa, Habermas (2006, p. 415, tradução nossa) estabelece "a esfera pública como um sistema intermediário de comunicação entre deliberações formalmente organizadas e informais cara a cara em arenas no topo e na base do sistema político". Desse modo,

> O centro do sistema político consiste nas instituições conhecidas: parlamentos, tribunais, agências administrativas e governo. Cada ramo pode ser descrito como uma arena deliberativa especializada. O correspondente externo - decisões legislativas e programas políticos, decisões ou sentenças, medidas e decretos administrativos, diretrizes e políticas - resulta de diferentes tipos de processos de deliberação e negociação institucionalizados. Na periferia do sistema político, a esfera pública está enraizada em redes de intensos fluxos de mensagens - notícias, reportagens, comentários, palestras, cenas e imagens, e programas e filmes com conteúdo informativo, polêmico, educacional ou de entretenimento. Essas *opiniões publicadas* se originam de vários tipos de atores - políticos e partidos políticos, lobistas e grupos de pressão ou atores da sociedade civil. Elas são selecionadas e moldadas por profissionais da mídia de massa e recebidos por amplo e sobreposto público, campos, subculturas e assim por diante (Habermas, 2006, p. 415-416, tradução nossa).

Assim, podemos compreender que a esfera pública é composta por diversas arenas, locais informais ou institucionais (formais) de deliberação racionalizada. Nesse contexto, além da pluralidade de espaços, inserem-se vários atores, como advogados, especialistas profissionais, cientistas, moralistas e intelectuais.

Lubenow (2012, p. 212) esclarece que:

> [...] a deliberação na esfera pública, como um elemento essencial do processo democrático, tem como expectativa preencher três funções: mobilizar e reunir questões relevantes e informações requeridas, e para especificar interpretações; processar tais contribuições discursivamente por meio de argumentos adequados prós e contra; e gerar atitudes racionalmente motivadas *sim* e *não*, que têm a expectativa de determinar o resultado das decisões procedimentalmente corretas.

Por isso, compreende-se a importância da linguagem e da comunicação para a teoria habermasiana de política deliberativa enquanto exercício da democracia e da cidadania, o que ocorre por meio de deliberações racionais. Embora os cidadãos não constituam efetivamente o poder, eles possuem legitimação no debate democrático. Por isso, é essencial compreender os mecanismos (formais, preferencialmente, mas também os informais) que permitam justamente sua manifestação de opinião e de vontade. Nesse sentido, deve-se compreender que:

> A ética do discurso não pretende apenas extrair um princípio moral universal a partir do teor normativo dos pressupostos pragmáticos necessários da argumentação em geral. O próprio princípio se refere muito mais ao resgate [*Einlösung*] discursivo de pretensões de validade normativas. Ou seja, vincula a validade de normas à possibilidade de um consentimento fundamentado de todos os possíveis concernidos, desde que possam assumir o *papel de participantes na argumentação*" (Habermas, 2014, p. 73-74).

Um elemento problematizador desta perspectiva é que a sua validade normativa depende da participação social na argumentação. Além disso, outra problematização possível é como se pode estabelecer esses pressupostos institucionais ou como diferenciar os meios informais que permitam a manifestação da opinião e da vontade.

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Na teoria habermasiana, o espaço público dessa manifestação informal dá-se a partir da argumentação da sociedade na arena política, a qual é utilizada como local de identificação e de tratamento de problemas de toda a sociedade. Ela configura o ambiente de realização do debate democrático racionalizado que garante essa legitimação da sociedade. Tal como proposto como pergunta central do artigo, a seguir buscamos explorar se as redes sociais configuram este espaço de participação na argumentação e o fazem permitindo manifestação da opinião e da vontade, e, portanto, podendo ser consideradas como o correspondente contemporâneo à arena habermasiana como espaço para exercício da política deliberativa.

4 AS REDES SOCIAIS COMO LOCAL DE DEBATE POLÍTICO E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A associação mais imediata às mídias sociais é feita mentalmente com relação a *sites* de compartilhamento de conteúdo ou de *networking*, seja por escrito, ou por meio de fotos e/ou vídeos, como *Facebook, Twitter, Instagram, TikTok, Tumblr, Pinterest, YouTube, WhatsApp, LinkedIn, WordPress, Blogspot, wikis.*

Contudo, "O termo mídia social, [...] levanta a questão de que todas as mídias podem ser, de uma maneira ou de outra, sociais. Isso depende de como se define o que é o social. Como consequência, é preciso compreender a teoria social para entender o que há de social nesta mídia" (Fuchs, 2015, p. 8). Em teoria, todos os meios eletrônicos podem ser utilizados para o compartilhamento das ideias – de modo que, potencialmente, qualquer *site* é (ou ao menos pode ser) uma mídia social. Mas, a socialidade realizada nesses meios pode ter diversos níveis, conforme explica Fuchs (2015, p. 8-9):

> Cognição: Ler livros, assistir ao noticiário ou a um filme na TV e ouvir o rádio envolvem, assim como usar a internet, o engajamento com textos que refletem contextos sociais na sociedade.
>
> Comunicação: A comunicação online não é nova: Ray Tomlinson enviou o primeiro e-mail pela internet de um computador para o outro em 1971.
>
> Cooperação: Comunidades virtuais não são novidade. Em 1980 já existiam os *Bulletin board systems*, como o WELL. O trabalho cooperativo auxiliado por computador (CSCW) tornou-se um campo acadêmico de estudos nos anos 1980, refletindo o papel do computador no trabalho colaborativo. A primeira conferência ACM sobre CSCW aconteceu em dezembro de 1986 em Austin, Texas. O conceito de wiki também não é novo: Ward Cunningham introduziu a primeira tecnologia wiki (a WikiWikiWeb) em 1995.

O ponto central não é a novidade nem o tempo de exposição a essas mídias, mas sim, a percepção do contexto de sociabilidade desenvolvida, o que pode advir justamente do maior ou menor protagonismo de criação de conteúdo. Por isso, mais do que o papel de mero expectador que irá refletir e depois se manifestar nas mais variadas esferas, nas redes sociais o conteúdo publicado é instantâneo, sem necessariamente resultar de um processo de reflexão, e os destinatários da mensagem imediatamente podem se expressar por meio de comentários.

O uso de *smartphones*, por exemplo, embora não seja responsável pela disseminação das redes sociais (que já recebiam grandes acessos desde a utilização de computadores com *internet*), apenas facilitou ou disseminou a produção e o consumo desses conteúdos, sendo mais acessível a percepção social de criação de conteúdo quando há essa interação com o telefone e os atos de escrever, postar, filmar, gravar, tirar fotos, comentar, etc.

Por isso, deve-se compreender que "a socialidade virtual não é inédita. Um aspecto específico do Facebook e das plataformas relacionadas é que elas integram ferramentas que suportam várias formas de socialidade em uma única plataforma. São ferramentas de cognição, comunicação e cooperação" (Fuchs, 2015, p. 9). O que houve nos últimos anos foi um aumento desse último ponto: a cooperação, nas quais destacam-se as redes sociais [2].

A esta altura, torna-se possível aproximar as redes sociais ao conceito de esfera pública habermasiana como mais um local de realização do debate político, em claro processo de evolução dos meios de comunicação que "altera a forma

2 Para analisar o quadro comparativo entre as funções primárias (cognição, comunicação e cooperação) com relação aos principais *sites* no mundo em 2002 e 2013 (Fuchs, 2015, p. 10).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

como os indivíduos interagem e formam opinião, bem como altera as relações entre as esferas política e civil. (Medeiros, 2013, p. 28).

Justamente por isso, este espaço "requer meios para informação, comunicação e acesso por todos os cidadãos" (Fuchs, 2015, p. 11), para que seja um lugar livre de controles particulares, bem como de censura estatal e da propriedade privada. Assim, tal como manifesta-se Medeiro (2013, p. 28), "os espaços de debate público na *Internet* ainda necessitam de uma validação, ou seja, um processo que passa pelos tradicionais meios de comunicação para efetiva atuação na esfera política".

Este debate demonstra que a esfera pública deve sempre ser compreendida dentro da época em análise e da sociedade que a compõe, de modo que as suas configurações específicas sejam consideradas, ainda que sob pressupostos universais, tendo sempre em conta a sua complexidade e articulação entre "velhos" e "novos" parâmetros de sociabilidade.

Geiger (2009, p. 24, tradução nossa) sugere que a pergunta correta a ser feita não é se a *internet* é parte da nova esfera pública, mas sim "qual o papel das comunidades de discurso baseadas na *internet* na constituição da esfera pública?" . Por isso, para o autor, a resposta à questão central desse trabalho, é parcialmente positiva:

> [...] a blogosfera/esfera pública pode muito bem operar em nível micro por meio do discurso ideal habermasiano, mas é em um nível macro construído não por meio de comunicação, mas de algoritmos. Em tal espaço, a justificativa filosófica de Habermas para o poder discursivo - a "força não forçada do melhor argumento" que exige que indivíduos de diferentes esferas sociopolíticas se engajem e simpatizem uns com os outros - é interrompida pelo poder algorítmico constituído atualmente nos serviços de agregação mais populares. E, como vários estudiosos identificaram, o controle constituído por meio de código (Lessig, 1999) ou protocolo (Galloway, 2004) pode ser muito mais poderoso, invisível e incontestável do que as formas mais tradicionais (Geiger, 2009, p. 25, tradução nossa).

Portanto, para este autor, ainda que as redes sociais componham a esfera pública contemporânea, o suposto discurso ideal habermasiano por esta via é superado pelo fato de que nelas, os discursos comunicativos, são transformados em algoritmos e, "infelizmente, esse ato não discursivo da opinião pública forçará a formação de muitos dos aspectos socialmente integradores da esfera pública habermasiana" (Geiger, 2009, p. 26, tradução nossa).

É claro que isso conduz a outro debate sobre a questão dos algoritmos em si. E um dos problemas dos algoritmos é, justamente, aproximar muito mais quem possui opiniões semelhantes. Afinal, o papel dos algoritmos é criar uma experiência personalizada que prioriza o conteúdo exibido ao usuário com base na relevância e no interesse do assunto da publicação, ao invés de utilizar um critério neutro cronológico, o que permitiria contato com publicações que defendem ideias diferentes (Heavner, 2021). Com isso, ocorre o chamado "espaço bolha", pois os usuários terão mais contato com as ideias semelhantes, o que apenas reafirma suas próprias opiniões (Heavner, 2021). Todavia, para a construção do diálogo na sociedade, de modo que todos os tipos de problemas sejam levados à esfera pública, faz-se necessário assegurar o acesso a discursos contrários.

Acerca da fragmentação criada como consequência dessas bolhas e de como isso é um ponto negativo, "Habermas afirmou em 2006 que a comunicação mediada por computador tem pouco mais do que um papel 'parasitário' a desempenhar na esfera pública, em grande parte devido à forma como as comunidades de discurso baseadas na *internet* fragmentaram o público" (Geiger, 2009, p. 2, tradução nossa).

Mas, para Geiger, apesar de os algoritmos substituírem em grande parte a construção do discurso, a teoria habermasiana de esfera pública não deve temer a sua fragmentação, mas sim compreender como estes novos processos se integram a uma nova configuração desta esfera.

Após realizar um estudo empírico sobre as probabilidades de os usuários interagirem mais ou menos a depender se o conteúdo digital é igual ou contrário à opinião do usuário, Heavner (2021, p. 37, tradução nossa) conclui que:

> A esfera pública habermasiana mudou na esteira dos algoritmos de mídia; este estudo sugere que a ideologia política e a idade podem estar associadas à capacidade de reconhecer esses sistemas de filtragem. O mundo online justapõe os princípios de esfera pública de

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> Habermas: convidar mais indivíduos para a esfera pública também limita o conteúdo em que os indivíduos veem e discutem.

Desse modo, parece um paradoxo: quanto mais usuários, maior poderá ser a limitação do debate racional em decorrência da interferência dos algoritmos, que reduzem essa esfera pública. Conclusão semelhante é obtida por Geiger (2009, p. 17, tradução nossa) ao dizer que "escrevendo a partir de uma perspectiva habermasiana, muitos expressaram medo da colonização por corporações e meios de comunicação tradicionais, bem como o crescente número de usuários da Internet que não desejavam respeitar regras racionais de discurso".

Geiger menciona o contraponto entre as redes sociais e a chamada mídia tradicional e explica que muitos usuários veem as redes sociais "[...] ainda operando no pressuposto de que o propósito da esfera pública baseada na *internet* era permitir que os indivíduos escapassem da coerção da mídia de massa. Comentários como 'na internet as pessoas podem definir suas próprias agendas'" (Gimmler, 2001 *apud* Geiger, 2009, p. 16, tradução nossa).

Essa crítica à coerção da mídia ocorre por usuários que rechaçam as notícias das mídias tradicionais por não estarem de acordo com suas opiniões. Por isso, ao menos potencialmente, as redes sociais ampliariam a esfera pública como uma das arenas para a realização dos debates racionais que compõem a política deliberativa. Contudo, o. modo de utilização contraria os pressupostos habermasianos ao se buscar (ou ser apresentado por meio dos algoritmos) as opiniões semelhantes, evitando o contato (e a comunicação) com opiniões distintas, justamente um ponto central para a realização da política deliberativa e da discussão racional que leva a decisões democráticas.

Nesse sentido, Vatnøy[3] (2017, p. 335, tradução nossa) propõe a "introdução do termo 'arenas retóricas' para estudos públicos em rede". Segundo o autor, o objeto de estudo desse instituto, o qual se fundamenta na teoria habermasiana, reside "explicitamente em como mudanças na tecnologia e em circunstâncias sociais afetam a ação retórica" (Vatnøy, 2017, p. 335, tradução nossa).

Assim, embora as redes sociais possam inicialmente ser entendidas como parte da esfera pública de realização da política deliberativa, é preciso considerar que os algoritmos criam bolhas em que o conteúdo priorizado reflete ideias semelhantes, de modo que há uma redução do debate e da discussão racional – situação que pode ser referida como os "perigos[4] de um diálogo pobre e uma distribuição de contribuidores no ciberespaço" (Wilhelm, 1999 *apud* Iosifidis, 2016, tradução nossa). Mormente este e outros problemas da configuração atual da esfera pública, é preciso relembrar que a esfera pública concentra algumas das esferas nas quais os cidadãos exercem diversos papeis na sociedade moderna. Essa diferenciação, segundo Fuchs (2015, p. 33), "como a economia capitalista, o estado, a sociedade civil, e a esfera da família e da intimidade, resultou na divisão entre o que se considera como esfera privada[5] e esfera pública".

Claramente, Habermas, no desenvolvimento de sua teoria acerca da democracia, concentra-se na concepção de esfera pública, em detrimento da privada. "A atitude instrumental, o trabalho, limita-se à satisfação de necessidades físicas e materiais. O tipo-ideal normativo habermasiano é a esfera pública: local no qual a interação é fundamentada e exercitada; domínio público que nada tem a ver com as relações que acontecem nos limites da razão técnico-instrumental" (Xavier, 2015, p. 182).

E em sua potencialidade, as mídias sociais podem compor a esfera pública de realização da política deliberativa. Contudo, há alguns limites. Segundo Fuchs (2015, p. 58),

3 Apesar de Vatnøy (2017, p. 336, tradução nossa) defender que a natureza do discurso político deva ultrapassar o discurso deliberativo e o processo eleitoral, a sua proposição dos elementos fundamentais que compõem sua chamada política retórica se fundam em "três processos comunicativos: 1) processos de tomada de decisão coletivas; 2) processos de criação de relevância na esfera pública; e 3) processos de coletivização". Percebe-se, então, que o autor continua utilizando como base teórica os elementos habermasianos de esfera pública e de sua política deliberativa tendo a discussão racional como elemento caracterizador da democracia.

4 Dentre as principais preocupações de Iosifidis (2016, tradução nossa) sobre a possibilidade da contribuição das redes sociais para a democracia são: participação não estruturada, informação não confiável, censura, preocupações com atividades corporativas online e privacidade, ausência de discussão crítica.

5 Contudo, neste artigo não se aprofundará a questão da esfera privada e os elementos diferenciadores da esfera social. Para aprofundar essa discussão (Arendt, 1998).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> O mundo da mídia social contemporânea é formado por três antagonismos: a) antagonismo econômico entre dados dos usuários e interesses de lucro das empresas de mídias sociais, b) antagonismo político entre a privacidade dos usuários e o complexo de vigilância industrial, assim como o desejo dos cidadãos pela transparência dos poderosos e o sigilo do poder, c) o antagonismo da sociedade civil entre a criação de esferas públicas e a colonização corporativa e estatal dessas esferas.

Além da questão dos algoritmos, poderes, interesses e fatores econômicos possuem um papel limitador da potencialidade das redes sociais (Fuchs, 2015, p. 58). É possível, dentro da limitação em nível macro estabelecida acima, compreender as redes sociais como uma potencialidade de esfera pública e de exercício da ação comunicativa, adicionando outra ressalva: muitas empresas possuem dados privados dos usuários e podem utilizá-los para direcionar as mídias sociais – e, consequentemente, até mesmo influenciar os discursos que são exibidos a esses usuários. Embora haja cada vez mais preocupação com os chamados dados sensíveis particulares[6], ainda assim, em prol da utilização de redes sociais, muitos dados são captados ou mesmo fornecidos pelos próprios usuários sem a percepção de exporem seus dados privados.

Além dessas influências nos discursos comunicativos nas redes sociais, um grande problema a ser levado em consideração diz respeito ao pressuposto da comunicação racional. No contexto do aumento de publicações de *fake news*, ou seja, de informações inverídicas, seja por má-fé ou por desconhecimento, não há como garantir a qualidade do discurso projetado nas redes sociais, o que dificulta a identificação de problemas e de possíveis soluções.

Fica então difícil conciliar a chamada liberdade de expressão com outro direito igualmente constitucional que é o acesso à informação. As empresas responsáveis pelas mídias sociais lidam com questionamentos de como regulamentar (ou não) as opiniões postadas em suas redes e como agir com publicações falsas – especialmente aquelas cujo conteúdo pode ser prejudicial a outras pessoas e as que, em última instância, afetam a democracia ao prejudicar os verdadeiros debates racionais que refletem os anseios da sociedade.

As redes sociais pressupõem dois elementos: os atores (sejam indivíduos ou grupo de pessoas) e as conexões entre esses atores. Em uma perspectiva menos pessimista que a de Geiger, acerca da já citada visão de prevalência dos algoritmos, Medeiros reforça o papel social das redes ao estabelecer que as máquinas são apenas um meio de realizar essa interação entre os usuários, centrando a importância nos próprios atores. Trata-se de:

> [...] um processo que reside nas interações entre os envolvidos - não somente pelas mensagens trocadas e pelos interagentes -, não sendo permitido o isolamento das partes que compõem esse sistema. Sua construção é coletiva e não é predeterminada. Trata-se de um processo emergente que mantém sua existência através de interações entre os envolvidos. Essa interação é desenvolvida a partir da participação dos indivíduos e "entre" (interação = ação entre) eles (Medeiros, 2013, p. 29).

As redes sociais, se compreendidas como importante parte da esfera pública, permitem maior interação e comunicação entre os atores – ou seja, os cidadãos. Do mesmo modo que Habermas reconhece que a sociedade puramente comunicativa é uma projeção teórica, também não se pode compreender as redes sociais e a *internet* como meios de resolução de todos os problemas de nosso tempo. Contudo, deve-se reconhecer que se tratam de um meio que propicia acesso à arena política, pela perspectiva habermasiana, para identificar questões, debatê-las e, exercendo a racionalidade comunicativa, conseguir, mesmo que numa estrutura informal (não institucionalizada) realizar a política deliberativa, contribuindo para a construção da democracia e exercendo a cidadania.

5 ANÁLISE DOS ELEMENTOS HABERMASIANOS NA UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS

Ante a análise realizada, ao menos potencialmente, é possível conceber as redes sociais como um local de parte da esfera pública não institucionalizada para

6 No sentido dessa preocupação, destaca-se a regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – antigamente denominada Marco Civil da Internet – sobre a definição de dados sensíveis (art. 5º, II) e como devem ser tratados (arts. 11, 12, 13, 38 e 46, § 1º) (Brasil, 2018).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

realização de debates políticos. Convém, então, analisar a incidência dos pressupostos habermasianos estudados na utilização concreta das redes sociais.

A partir do mencionado modelo de Cohen, Habermas destaca quatro aspectos que deveriam ser observados. O primeiro diz respeito a uma deliberação argumentativa, com interações entre as partes para que possam oferecer suas opiniões fundamentadas pela razão. Neste ponto, apesar de as redes sociais permitirem uma interação racional e argumentativa, na prática, especialmente no âmbito da discussão política, muitas vezes os argumentos racionais são, em algum momento, relegados a um segundo plano com o afloramento das emoções. Assim,

> No universo do *pathos*, é sensível que, em tempos de Internet e de redes sociais, o apelo emocional funcione como um estopim tão ou mais poderoso do que a lógica e a demonstração. Um discurso, velozmente difundido pela Internet, pelos meios de comunicação digitais, pode promover a calma ou insuflar a cólera; pode promover o amor ou despertar o ódio; pode ressaltar a vergonha, mas alimentar a impudência (Ferreira, 2017, p. 80-81).

Quanto ao segundo elemento, as discussões em redes sociais, em muitos casos, não são inclusivas, nem públicas. Quanto ao primeiro aspecto, isso ocorre por conta do comportamento de rechaçar comentários que contrariem o discurso defendido pela parte. Já o segundo aspecto decorre do próprio modo de organização das redes sociais: há espaços verdadeiramente públicos, em que qualquer usuário pode acessar; por outro lado, há formas de limitar o acesso aos conteúdos publicados, sejam postagens ou comentários.

O terceiro elemento habermasiano estabelece que as discussões e as tomadas de decisões deveriam ocorrer sem interferências externas. Nas redes sociais, assim como na maioria dos ambientes, os cidadãos estão rodeados por interferências – algumas das quais cientes, outras não. Interesses que não se restringem a outros usuários, mas que correspondem à vontade da própria plataforma utilizada e de terceiros, que podem atuar, dentre outros meios, a partir dos algoritmos, destinando que alguns conteúdos sejam entregues a certos usuários, enquanto restringe o acesso a outros.

O quarto elemento fundamental para a deliberação racional no exercício da cidadania consiste em não haver, igualmente, influências internas, permitindo uma participação igual de todos. Esse aspecto pode ser restringido tanto por outros usuários, por meio da hostilização de opiniões divergentes, quanto também em decorrência da estrutura das redes sociais, em que alguns conteúdos são privilegiados (tendo, assim, maior alcance) em detrimento de outros.

Diante da não realização de uma efetiva comunicação racional, não há como se chegar a verdadeira vontade da maioria. Assim, prejudica-se tanto a discussão, quanto eventual tomada decisão, o que inibe a potencialidade da participação democrática.

Todos esses problemas ocorrem também em outros meios, por isso, Habermas defende que os elementos propostos se observam em uma sociedade ideal de fala. Contudo, nas redes sociais, a velocidade de disseminação de discursos é algo sem precedentes: instantaneamente um discurso pode chegar em diferentes locais do mundo. Notadamente, isso ocorre ainda com maior intensidade com discursos que incitem as emoções e que ocasionem medo. Explica Ferreira (2017, p. 66-67) que:

> Para atingir seu objetivo, [o orador] pode articular o discurso em bases estritamente racionais. Como, porém, nenhum movimento retórico é destituído de paixões (*pathos*) – o conglomerado emocional que guia a conduta humana e "impulsiona o homem para o agir" (ARISTÓTELES, EN, 1105b, 22-24) –, o ato retórico pode ser visto como um potencializador da ação (*práxis*) do auditório.

No caso da discussão política, esse medo[7] ou simplesmente o receio das consequências que aquela alteração possa causar. pode incidir na perda de direitos, na criação de regras em desacordo com a vontade de parte da população.

7 Com relação à força do medo, considera Ferreira (2017, p. 77, grifo nosso) acerca do "conceito operacional de discurso do medo: aquele que se infiltra histórica, política, cultural e socialmente nos meios de comunicação humana para exacerbar o temor. Evidentemente, no plano retórico, essa infiltração, se bem articulada, é sempre capaz de gerar alterações profundas no seio social, pois, preservado por sua natureza terrificante, dissemina-se, como produto elaborado no seio do discurso, do exterior para o interior do homem e, de modo recíproco mas não simétrico, do interior para o exterior. É possível reconhecê-lo quando ocupa um vazio retórico e o preenche com argumentos de qualquer espécie".

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

Esta pesquisa exploratória, tomando por base a obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade* de Jürgen Habermas, buscou compreender alguns dos principais elementos das teorias propostas pelo autor, quais sejam, esfera pública, política deliberativa e democracia.

Pôde-se compreender que para Habermas, por meio da racionalidade comunicativa, na arena política, há a identificação dos problemas da sociedade e a busca pelas soluções, no que consiste, em linhas gerais, na sua concepção de esfera pública, que se assemelha à opinião pública. Na esfera pública, mais importante do que a decisão em si, ainda que exigida em certos momentos, interpõe-se o debate na perspectiva da política deliberativa. Este tipo de política constitui a essência do desenvolvimento da democracia, como forma de exercício pleno da disputa de ideias pautada em uma racionalidade argumentativa e deliberações públicas e inclusivas, livres de coações externas e internas.

Assim, buscou-se responder à pergunta central colocada para o artigo se, atualmente, as redes sociais podem ser consideradas o equivalente atual à arena habermasiana para o exercício da política deliberativa, da democracia e da cidadania.

Após delimitar a concepção de redes sociais utilizada – que inclui potencialmente todas as mídias sociais disponíveis na *internet* –, a resposta se divide em dois planos. O primeiro, pelo aspecto teórico, em que é possível responder positivamente à questão colocada ao se considerar as redes sociais como um local dentro da esfera pública não institucionalizado que seja inclusivo, participativo e que permita a realização de discursos racionais. O potencial das redes sociais neste sentido é notório.

Contudo, a pergunta deve também ser respondida pelo aspecto empírico. E, na prática, há muitos empecilhos aos pressupostos habermasianos de que seria possível estabelecer, verdadeiramente, um local comunicativo, com debates inclusivos e racionais, sem influências internas ou externas, para que seja conhecida a vontade da maioria e, se for o caso, tomar decisões a partir desses resultados.

Deve-se atentar, então, às ressalvas que podem ocorrer em um modelo macro a partir da consideração da influência dos algoritmos, que ao criarem os espaços de bolhas, reforçam a entrega de conteúdos com ideias semelhantes às ideias do usuário. E o discurso racional decorrente do embate de ideias diferentes é fundamental para a política deliberativa. Ademais, as redes sociais podem até mesmo serem utilizadas na propagação de *fake news* quando os tópicos abordados nas mídias de massa tradicionais não estão em conformidade com o que esse grupo de usuários acredita, restringindo ainda mais a argumentação racional.

Deste modo, e a partir de todos estes senões, ainda que sejam parte de um local informal (não institucionalizado), as redes sociais possuem capacidade teórica de influência nas discussões que podem ser realizadas e nas decisões a serem tomadas. Cabe mantermos a atenção em relação a como ocorre sua efetiva utilização e como esta influência é encaminhada, se em prol de princípios públicos e democráticos, ou mais voltados a interesses específicos.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de Andrade de. **A esfera pública no pensamento de Jürgen Habermas**: problemas, limites e perspectivas. 2018. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Universidade Federal de Pernambuco; Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

ARENDT, Hannah. **The human condition**. 2nd ed. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1998.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do estado**: entre eficiência e democratização. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

CAMPATO, Roger Fernandes. **A gênese teórica da concepção habermasiana de esfera pública**. 2002. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Metodologia das Ciências) - Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2002.

FERREIRA, Luiz Antonio. Atos retóricos: do medo e da confiança. *In*: FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Gerardo Ramírez; FERREIRA, Luiz Antonio (orgs.). **Paixões aristotélicas**. Franca, SP: Unifran, 2017.

FUCHS, Christian. Mídias sociais e esfera pública. **Contratempo**, Niterói, v. 34, n. 3, p. 6-80, dez. 2015. DOI: https://doi.org/10.22409/contracampo.v34i3.912. Disponível em: https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/17552. Acesso em: 3 ago. 2022.

GEIGER, R. Stuart. Does Habermas Understand the Internet? The Algorithmic Construction of the Blogo/Public Sphere. *Gnovis:* **A Journal of Communication, Culture, and Technology**, [*s. l.*], v. 10, n. 1, p. 1-29, 2009. Disponível em: https://escholarship.org/uc/item/60s6s0p8. Acesso em: 3 ago. 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. ***(*Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. Political Communication in Media Society: Does democracy still enjoy an epistemic dimension? The impact of normative theory on empirical research. **Communication Theory**, n. 16, p. 411-426, 2006. DOI: https://doi.org/10.1111/j.1468-2885.2006.00280.x.

HABERMAS, Jürgen; LENNOX, Sara; LENNOX, Frank. The public sphere: an Encyclopedia article (1964). **New German Critique**, Durham, n. 3, p. 49-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

55, 1974. DOI: https://doi.org/10.2307/487737. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/487737?origin=JSTOR-pdf. Acesso em: 29 jul. 2022.

HEAVNER, Kendal. **The impact of media algorithms on the Habermassian public sphere and discourse**. 2021. Dissertations (Master of Arts in Journalism) - University of Arkansas, Fayetteville, 2021. Disponível em: https://scholarworks.uark.edu/etd/4069. Acesso em: 3 jan. 2023.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

IOSIFIDIS, Petros. Social media, public sphere and democracy. *In*: IOSIFIDIS, P.; WHEELER, M. (org.). **Public Spheres and mediated social networks in the western context and beyond**. Londes, Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2016. p. 13-37. DOI: https://doi.org/10.1057/978-1-137-41030-6. Disponível em: https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/15500/. Acesso em: 4 jan. 2023.

LUBENOW, Jorge Adriano. A esfera pública 50 anos depois: esfera pública e meios de comunicação em Jürgen Habermas em homenagem aos 50 anos de mudança estrutural da esfera pública. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 35, n. 3, set./dez. p. 189-220, 2012. DOI: https://doi.org/10.1590/S0101-31732012000300010. Disponível em: https://www.scielo.br/j/trans/a/xX3qzLRtTwwTvfJwmYwq5Kj/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 22 jul. 2022.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. **Kriterion: Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 227-258, jun. 2010. DOI: https://doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/kr/a/L5Y3JWsfhpGzp4bHpw5G8gF/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

MEDEIROS, Jackson da Silva. Considerações sobre a esfera pública: redes sociais na internet e participação política. **Transinformação**, Campinas, v. 25, n. 1, p. 27-33, jan./abr. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/tinf/a/55V8ZbVsCHtdP6CCRrXgbWB/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 3 ago. 2022.

VATNØY, Eirik. *The rethoric of networked publics* - studying social network sites as rhetorical arenas for political talk. Thesis (Philosophiae Doctor) – Universitetet i Bergen, Bergen, Noruega. 392 f. 2017. Disponível em: https://bora.uib.no/bora-xmlui/bitstream/handle/1956/17262/dr-thesis-2017-Eirik-Vatnøy.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 jan. 2023.

XAVIER, Vinicius dos Santos. Um ponto cego na teoria do jovem Habermas: a problemática relação entre esfera pública e emancipação. **Pensando – Revista de Filosofia**, Teresina, v. 6, n. 12, 2015, p. 156-187. DOI: https://doi.org/10.26694/pensando.v6i12.3478. Disponível em: https://revistas.ufpi.br/index.php/pensando/article/view/3478. Acesso em: 3 ago. 2022.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.47033

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ANÁLISE DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE TRABALHADORES DE APLICATIVOS E AS EMPRESAS, À LUZ DOS PARADIGMAS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

ANALYSIS OF THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN APP-BASED WORKERS AND COMPANIES IN LIGHT OF THE PARADIGMS OF JURIDICAL BUSINESS TRANSACTIONS

Nathália Douradinho Lopes

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: natdlopes@hotmail.com.

Fujie Kawasaki

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: fujiekawasaki@gmail.com.

Elve Miguel Cenci

Doutor em filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela (FML). Graduado em filosofia pela Universidade de Passo Fundo (UPF). E-mail: elve@uel.br.

Como citar: LOPES, Nathália Douradinho; KAWASAKI, Fujie; CENCI, Elve Miguel. Análise da relação jurídica entre trabalhadores de aplicativos e as empresas, à luz dos paradigmas dos negócios jurídicos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 86-96, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.47033. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 27/11/2022
Aceito em: 07/10/2024

Resumo: Se analisa a evolução da interpretação dos negócios jurídicos, com enfoque nas relações de trabalho, identificando um movimento político e econômico que busca a retomada do paradigma conceitual clássico do negócio jurídico e a redução dos direitos trabalhistas. Embasado em um discurso ideológico de autonomia dos trabalhadores, aqui em especial os trabalhadores de aplicativos, em relação às empresas operadoras das plataformas, discute-se a interpretação da liberdade na execução dos serviços prestados, à luz da concepção contratual clássica, pautada nos princípios de liberdade irrestrita de contratar e autonomia plena quanto ao conteúdo do contrato. Observa-se, no âmbito do trabalho, a existência de flagrante desequilíbrio entre os contratantes, sendo tal assimetria a razão da necessidade de intervenção estatal, visando maior proteção social. Assim, expõe-se o debate contemporâneo acerca das (des)vantagens de uma maior flexibilidade e ampliação da autonomia das partes, características do paradigma contratualista clássico, em contrapartida às acepções contratualistas contemporâneas, baseadas na boa-fé objetiva e na função social do contrato. Argumenta-se pelo reconhecimento da relação de emprego nos contratos realizados entre trabalhadores e empresas de plataformas digitais, partindo de uma interpretação axiológica e principiológica, pautada nos novos paradigmas contratuais e sociais aplicáveis aos negócios jurídicos. Para tanto, partiu-se de uma análise bibliográfica, utilizando-se de artigos científicos, doutrinas e matérias jornalísticas, valendo-se do método dedutivo.

Palavras-chave: negócio jurídico contemporâneo; concepção clássica; interpretação axiológica dos contratos; trabalho via plataformas digitais.

Abstract: This study examines the evolution of juridical business interpretations, focusing on labor relations, and identifies a political and economic movement seeking to revive the classical conceptual paradigm of juridical transactions while reducing labor rights. Anchored in an ideological discourse of worker autonomy — particularly among app-based workers in relation to platform operators — the analysis explores the interpretation of freedom in service provision under the classical contractual framework, grounded in principles of unrestricted freedom to contract and full autonomy over contractual terms. Within the labor context, a marked imbalance between contracting parties is evident, justifying state intervention to ensure greater social protection. The study thus engages with the contemporary debate on the (dis)advantages of increased flexibility and expanded party autonomy—hallmarks of classical contractualism—as opposed to modern contractual approaches based on objective good faith and the social function of contracts. The argument advances the recognition of an employment relationship in contracts between workers and digital platforms, employing an axiological and principiological interpretation aligned with contemporary contractual and social paradigms applicable to juridical transactions. Methodologically, the research adopts a deductive approach, drawing on scientific articles, legal scholarship, and journalistic sources.

Keywords: contemporary legal transaction; classical conception; axiological interpretation of contracts; work via digital platforms.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia e das transformações sociais, os negócios jurídicos adquiriram contornos modernos, adaptados às necessidades da sociedade contemporânea. Diante disso, viu-se a necessidade de que o ordenamento jurídico acompanhasse essas mudanças, superando o chamado "paradigma clássico" de interpretação dos negócios jurídicos, fundamentado na liberdade dos particulares. Os contratos de trabalho não fogem à regra. À medida que a sociedade se desenvolveu em torno de um sistema de mercado capitalista, em que se vende a mão de obra em troca de salário para o consumo, naturalmente, as relações de trabalho também se modificaram com o tempo.

Com o advento do trabalho sob demanda por meio de aplicativos, surge a discussão acerca da sua regulamentação. Tal debate é amplo e comporta diversas teorias sobre a natureza da relação jurídica entre trabalhadores em empresas de plataforma. Todavia, cinge a controvérsia em torno da classificação desses trabalhadores que possuem, supostamente, características do trabalho subordinado e, ao mesmo tempo, do trabalho autônomo, ocupando uma zona intermediária chamada de "precariado"[1].

Dentre as propostas, há (1) a criação de uma categoria para classificar os trabalhadores desta zona intermediária; (2) a reformulação do conceito de empregador; (3) a elaboração de um contrato de trabalho especial para o trabalho sob demanda por meio de aplicativos e *crowdword*; (4) a ampliação subjetiva do Direito do Trabalho; (5) a instituição de regulação alinhada ao vanguardismo inclusivo; e (6) a caracterização da relação de emprego a partir do critério da dependência econômica (Kalil, 2020, p. 205).

Não se pretende analisar cada uma das propostas mencionadas, limitando-se a propor uma reflexão acerca da existência de uma relação de emprego no contrato pactuado entre o trabalhador de plataforma digital e a respectiva empresa, sob a perspectiva axiológica dos novos paradigmas dos negócios jurídicos e suas formas de exegese.

1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

A concepção clássica de negócio jurídico surgiu durante o século XVIII, a partir das contribuições da Escola Pandectística alemã, que criou um sistema fundamentado na liberdade dos particulares. O elemento principal desta categoria de negócio jurídico era a vontade humana e os efeitos que dela decorrem (Amaral, 2017, p. 469).

O conceito de negócio jurídico foi, naquele momento, construído sob a inspiração ideológica do Estado liberal, cuja característica mais notável consistia na autonomia da vontade e na preservação da liberdade individual, mais ampla possível, diante do Estado (Mello, 2017, p. 232). Com efeito, o paradigma contratual clássico está relacionado com a ideia de liberdade irrestrita de contratar e autonomia plena quanto ao conteúdo.

Nesse sentido, a justiça era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo do negócio jurídico corresponder exatamente à vontade livre dos contratantes, consolidando a igualdade jurídica no sentido puramente formal e sedimentando a premissa segundo a qual dizer contratual equivale a dizer justo (*quit dit contractuel dit juste*) (Roppo, 2009, p. 37). Por conseguinte, se cada um é absolutamente livre para contratar, uma vez que o fizesse, ficaria ligado de modo irrevogável à palavra dada, o que se convencionou chamar de *pacta sunt servanda* (Silva; Silva; Cecato, 2018).

Roppo (2009, p. 37) explica que esta liberdade significou a abolição dos vínculos de grupo, de corporação (Estado), que supostamente aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe impediam a plena expansão de suas capacidades produtivas. Com isso, a autonomia da vontade restituiu o poder do

1 Trata-se de um neologismo que combina o adjetivo "precário" e o substantivo relacionado com "proletariado" (Standing, 2013, p. 15).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

indivíduo da abstrata possibilidade de determinar, sozinho, o seu destino no mundo das relações jurídicas (Silva; Silva; Cecato, 2018).

1.1 Paradigma Contratual Clássico e Relações de Trabalho

A igualdade jurídica formal, tão benquista entre os liberais, corresponde à igualdade de possibilidades abstratas, que desconsidera as desigualdades substanciais e as diferentes condições socioeconômicas existentes entre os contraentes. Quando inserida no âmbito das relações laborais, faz com que o Direito pare "às portas da fábrica", isto é, faz com que as relações jurídicas estabelecidas dentro das empresas se tornem alheias ao ordenamento jurídico, tanto aquelas instituídas entre empregado e empregador (com fundamento na igualdade entre as partes), como aquelas instituídas pelos empregados entre si, pois os padrões disseminados pelo liberalismo clássico não se compatibilizam com a atuação de corpos intermediários, como os sindicatos (Moreira, 1987, p. 72).

Sendo assim, a igualdade no sentido formal permite mascarar a desigualdade na forma de contratualidade. Não obstante, Roppo (2009, p. 40) esclarece o alcance real do princípio da igualdade formal dos sujeitos contraentes:

> Capitalista e trabalhador subordinado devem ser formalmente iguais porque ambos devem aparecer igualmente (apenas na veste de) possuidores de mercadorias a negociar através de uma troca de equivalentes; a igualdade das pessoas é um reflexo de igualdade das mercadorias trocadas; ainda que tal igualdade seja, na realidade, puramente formal e ilusória, porque a mercadoria oferecida pelo segundo é um atributo e uma expressão de sua própria pessoa [...] e porque a troca é substancialmente desigual, deve ser desigual para garantir ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais valia, pela qual se rege, como seu fundamento primeiro, todo o sistema capitalista.

Moreira (1987) aponta que as tensões sociais, características da sociedade industrial desenvolvida, contra as doutrinas do liberalismo clássico, forçaram uma progressiva intervenção do Estado na economia. Segundo o autor:

> Se a ordem econômica clássica acabou por transformar-se na ideologia jurídica da liberdade individual e da propriedade privada [...] utilizada em vista da exploração sistemática da grande maioria por uma minoria, é essa mesma maioria que, consciente disso, vai procurar destruir aquela ordem. Os conflitos econômicos (e sobretudo as greves) entre patrões e operários desempenham um papel importante no Estado Moderno. Aumentaram parcialmente em extensão e agressividade e podem representar um perigo para a nação e para o Estado [...]. Deste modo, a regulamentação jurídica das relações de trabalho, o direito do trabalho, alargou-se para além dos limites do direito privado e recebeu formas jurídicas públicas. [...] Na verdade, a grande contestação do direito clássico veio da classe operária (Moreira, 1987, p. 96-97).

Lacerda e Teixeira (2023, p. 166) defendem que o surgimento do Direito do Trabalho se confunde com a chegada do Estado Social, notadamente porque para intervir nas relações contratuais empregatícias, o Estado passou a reconhecer que a relação de emprego é, por excelência, uma relação de poder. Desta forma, a crescente intervenção do Estado iniciou sua trajetória nas relações de trabalho, "contendo a assimetria do poder entre as partes, visando a proteger o polo mais fraco dos negócios jurídicos contratuais" (Barroso, 2022, p. 224).

2 UMA NOVA EXEGESE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

As crises econômicas mundiais presenciadas nas primeiras décadas do século XX aceleraram uma revisão geral dos dogmas do século anterior. Surgem Estados com tendências intervencionistas, ao passo que a autonomia da vontade passa a ser relativizada em prol do princípio da função social dos negócios jurídicos. Souto Maior (2008, p. 18) esclarece que "o padrão estabelecido para desenvolvimento da sociedade capitalista foi o da eficácia dos Direitos Sociais".

O homem passou a ser o centro do ordenamento jurídico na sua acepção existencial e os negócios jurídicos, incluindo àqueles realizados no âmbito trabalhista, passaram a se fundamentar em novas premissas, em especial no solidarismo constitucional. Assim, a causa que passa a ser avaliada como o mais importante elemento do contrato, é a sua *razão de ser*. Tepedino (2012, p. 13) refere-se ao conceito de *contrato-realidade*, evidenciando a necessária captação cognitiva da realidade na relação jurídica.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Diante do processo de constitucionalização do Direito, os princípios constitucionais passaram a condicionar a própria leitura e interpretação do direito privado, impondo um conjunto de valores e princípios que elevam a dignidade da pessoa humana à dimensão normativa, cujos efeitos vinculam todos os institutos do Direito de forma imediata e vinculativa (Barroso, 2022, p. 37). Nesse sentido,

> Os princípios e os valores constitucionais vinculam o legislador, seja ao pretender alterar o próprio texto constitucional ou quando criadas normas infraconstitucionais para que não sejam ultrapassados os ditames estabelecidos pela constituinte, cabendo ao Texto Constitucional a eficácia do mínimo existencial e, ao Estado, cumprir com o papel de reconhecer tais direitos e garantias de forma eficaz no sentido de manter a dignidade das relações de emprego e a humanidade do trabalhador (Calixto, 2021, p. 155).

No âmbito negocial tais implicações são bastante significativas, pois a autonomia da vontade passa a ser compreendida a partir da perspectiva normativista da autonomia privada, assegurada pela ordem constitucional e interpretada no sentido de referências recíprocas e não mais num contexto de confronto. Lima, Santos e Marquesi (2018, p. 6) apontam que a autonomia da vontade vincula-se ao Estado Liberal, onde os indivíduos eram considerados livres e iguais perante a lei, e a autonomia privada vincula-se ao Estado Social, em que a liberdade "deve ser empregada dentro dos limites legais, sendo o ordenamento jurídico o responsável por fornecer parâmetros para o exercício dessa liberdade".

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS TRABALHISTAS NO CENÁRIO POLÍTICO ATUAL

Diante da progressiva superação do Estado Liberal pelo Estado Social, observou-se que os negócios jurídicos antes marcados pela plena liberdade e autonomia, foram inseridos em um contexto de solidariedade. O modelo liberal mostrou-se insustentável, dando lugar a uma série de regulamentações legislativas, a fim de mitigar as desigualdades materiais inerentes à sociedade capitalista.

Ocorre que no cenário político contemporâneo, tal qual durante toda a história moderna, provavelmente, o direito dos trabalhadores é tratado como o grande vilão de toda crise econômica. O discurso que ressoa é o de que o custo do trabalho inviabiliza as atividades produtivas, que os modelos trabalhistas de contratação estão obsoletos e que o direito do trabalho precisa ser flexibilizado, para que possa funcionar (Silva; Silva; Cecato, 2018). "[...] a lógica do capitalismo vinculada ao conceito de trabalho provocou um enfraquecimento dos projetos de construção de uma sociedade justa e solidária, exteriorizando as diferenças entre o capital e o proletariado" (Calixto, 2021, p. 51).

Correntes teóricas neoliberais justificam as crises econômicas e sociais na própria intervenção do Estado, promovendo reformas que garantem uma suposta melhora na economia, em detrimento da concretização dos direitos sociais. No entanto,

> Embora se tenham ressalvas quanto à efetividade dos direitos sociais e aos direitos trabalhistas de um modo geral, em especial no que se refere à capacidade de alocação de recursos materiais e humanos para esse financiamento, essa dicotomia não pode servir de escopo para as desregulamentações vistas recentemente" (Calixto, 2021, p. 154).

Cita-se, como breves exemplos: (1) a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) que visa limitar a interferência do Estado nas atividades econômicas, prezando por liberdades dos particulares em suas relações empresariais, civis e trabalhistas com vistas a estimular o desenvolvimento econômico; (2) a Lei da Terceirização (Lei Federal n° 13.429/2017) que permite a terceirização na atividade principal ou atividade-fim, e com isso, a oferta de mão-de-obra mais barata pela empresa terceirizada para as contratantes; e (3) a Lei Federal n° 14.437/2022, que flexibiliza as regras trabalhistas no caso de estado de calamidade, permitindo, entre outras concessões, a suspensão da exigibilidade dos recolhimentos, pelo empregador, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), independentemente de adesão prévia do trabalhador. O depósito das competências suspensas poderá ser realizado de forma parcelada e sem a incidência de atualização monetária, multa ou outros encargos previstos pela Lei do FGTS.

Não obstante, a modificação legislativa é alvo de diversas críticas por ter aumentado a precarização do trabalho, sendo ineficiente em seu propósito de

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

diminuição do desemprego, haja vista a situação de considerável piora observada na realidade. Na prática, segundo dados do IBGE (2024), a taxa de desocupação chegou a 13,7% em julho de 2021, dois pontos percentuais a mais que no último trimestre de 2017, que apontava 11,8%. Observou-se ainda o aumento da informalidade, que de acordo com o IBGE era de 40,5% em outubro de 2017, atingindo 40,8% entre maio e junho de 2021 (Neder, 2021).

Situação semelhante ocorreu na Espanha, que recentemente revogou a reforma trabalhista aprovada em 2012, a qual também não gerou empregos e precarizou o trabalho (Espanha [...], 2022). No Brasil, após a fala do Presidente Lula sobre a pretensão de revogar a Lei 13.467/2017 (Lula [...], 2022), seguindo a medida adotada pelo primeiro ministro espanhol, o jornal "Estadão" saiu em defesa da contrarreforma, negando os fatos e afirmando, dentre outras coisas, que "[...] a Lei 13.467/2017 foi capaz de atualizar a legislação trabalhista, desfazendo rigidezes e promovendo novos equilíbrios, sem eliminar direitos dos trabalhadores" (O PT [...], 2022).

Assim, em um momento político onde diversas alterações legislativas têm buscado dar maior flexibilidade nas negociações como forma de efetivar um suposto fomento à economia, seria considerado um avanço que as relações trabalhistas retornem ao paradigma clássico do negócio jurídico com liberdades formais ilimitadas? Ou a interpretação e integração dos negócios jurídicos nas relações trabalhistas devem seguir os paradigmas contemporâneos pautados nos princípios de dignidade humana, boa-fé, e função social?

Evidente que a reforma trabalhista privilegiou a acepção clássica do negócio jurídico, notadamente individualista. Contudo, a construção atual do conceito de negócio jurídico deve encontrar um equilíbrio entre a livre atividade econômica e a intervenção estatal no sentido de proteção da parte vulnerável da relação (Lêdo; Sabo; Amaral, 2017, p. 19).

Desta forma, ou o Direito do trabalho cede aos imperativos da flexibilidade, ampliação da autonomia das partes, e, portanto, acaba por retornar às matrizes individualistas do paradigma clássico dos negócios jurídicos, ou se apropria das novas acepções contratualistas contemporâneas, baseados, principalmente, na causa do negócio jurídico, na boa-fé objetiva e na função social do contrato.

4 RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE EMPRESAS E TRABALHADORES NO CAPITALISMO DE PLATAFORMA

O Direito do trabalho seguia um caminho expansivo em termos de reconhecimento das relações de emprego, integrando este conceito a diversas relações de trabalho "antes alheias a esse direito que, inicialmente, lembre-se, era apenas um 'direito operário'" (Souto Maior, 2008, p. 7).

No entanto, observa-se um movimento de redução progressiva dos direitos trabalhistas, que se sustenta no discurso da existência de uma suposta autonomia dos trabalhadores. "O cenário mundial, desde o início do século XXI, demonstra Estados cada vez menos intervencionistas nas relações laborais, tentando incluir as relações entre empregador e empregado dentro da mesma autonomia dos demais negócios jurídicos" (Calixto, 2021, p. 104).

Sob o pretexto do princípio da autonomia e diante de uma sociedade notadamente dividida em classes, verifica-se profundas desigualdades substanciais entre quem detém a riqueza e contraentes que nada tem, senão, justamente, a sua força de trabalho. Por conseguinte, o contrato é fruto da necessidade premente de uma das partes e não da composição de vontade de ambos (Silva; Silva; Cecato, 2018).

> Alain Supiot afirma que a relação de emprego, no modelo taylorista-fordista até o fim dos trinta anos gloriosos, baseou-se na troca da obediência do trabalhador pela segurança oferecida pelo empregador, não havendo qualquer espaço para a autonomia dos primeiros. A partir do modelo toyotista e no neoliberalismo, muda-se a organização da produção, fragmenta-se o trabalho e os trabalhadores passam a ter algum grau de autonomia. Esse processo é acelerado com as inovações no âmbito da tecnologia da informação e comunicação e a emergência das plataformas digitais (Supiot, 2017 *apud* Kalil, 2020, p. 2014).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Neste sentido: "Não raro, ademais, a pulverização da fábrica se dá com a criação de 'corpos intermediários'. O antigo empregador não contrata mais empregados, contrata contratantes" (Souto Maior, 2008, p. 25).

Em se tratando de relações de trabalho, de fato, a tecnologia possibilita uma maior liberdade na execução dos serviços, já que moderniza o exercício da profissão e se adequa ao estilo de vida atual. No entanto, uma maior liberdade na execução do trabalho não deve ser confundida com atividade autônoma.

Isso porque, observa-se nas relações de trabalho - e aqui especialmente no que diz respeito ao trabalho sob demanda no capitalismo de plataforma - um alto grau de dependência do trabalhador em relação à empresa, o que se traduz no elemento da subordinação, caracterizador da relação de emprego.

> A situação refletida na supersubordinação, nas hipóteses de mascaramento da relação de emprego por intermédio de negócios jurídicos fraudulentos, de mera ausência de registro, de desrespeito deliberado e contumaz de direitos trabalhistas mesmo em relações de emprego assumidas como tais e de transferência do risco econômico para parcela de trabalhadores, transformados, formalmente, em falsos autônomos, pessoas jurídicas ou empregadores aparentes, revela, portanto, claramente, um dano à dignidade humana que deve ser reparado, além de um inquestionável dano de natureza social (Souto Maior, 2008, p. 34).

Tal contexto se revela no modelo de negócios de gigantes corporações, que tem como característica a concentração de capital. Exemplo emblemático desse modelo de negócios e desse momento histórico, em termos de sociabilidade do capital, é a empresa estadunidense Walmart, cujo nome inclusive gerou o termo pejorativo walmatização, de maneira semelhante ao que ocorre atualmente com a Uber e o termo uberização. A expressão walmartização identifica um processo de intensa exploração e de precarização do trabalho observado nas unidades da Walmart, que se utiliza de elementos do taylorismo e do toyotismo, remunerando o trabalho nos patamares mais baixos (Basso, 2008 *apud* Antunes, 2018).

As relações jurídicas devem ser pautadas pela boa-fé, da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana. Nas relações de trabalho, é preciso que "as divergências, naturalmente existentes, por incidência dos postulados democráticos, sejam instigadas apenas pelo debate em busca da melhor forma de aperfeiçoar as relações humanas e não a partir dos propósitos de enganar e de levar vantagem sobre o outro" (Souto Maior, 2008, p. 42).

> Em relações entre desiguais, o Direito deve interferir na realidade, forjando-a, para o fim da produção da justiça social. Para legitimar a lei do mais forte não se precisa de um Direito Social. Aliás, para a produção de injustiças não se precisa do Direito. Pode deixar que as injustiças se produzam por si (Souto Maior, 2008, p. 15).

As propostas de se tratar o trabalho por meio de aplicativo como autônomo, a exemplo do estudo encomendado pelo Governo Federal em 2021 para subsidiar uma reforma na legislação trabalhista que proíba o reconhecimento de vínculo empregatício entre prestadores de serviço (Castanho; Seabra, 2021), não condizem com a realidade prática dos trabalhadores. Refutando essas teorias, é necessário discutir formas de estender a proteção social Estatal para os trabalhadores no Brasil, a exemplo do que tem sido feito em outros países que reconheceram o status de empregado aos trabalhadores vinculados a empresas de aplicativos.

Essa é a tendência observada nos tribunais da Justiça do Trabalho que, apesar de contar com decisões conflitantes sobre o tema, gerando grande insegurança jurídica, sinaliza o reconhecimento e a existência de subordinação e, consequentemente, o vínculo de emprego entre os trabalhadores e as empresas de aplicativos, com base nos parâmetros legais já existentes.

Neste sentido, observa-se o julgamento do processo RR - 100353-02.2017.5.01.0066 que tramita perante a 3ª turma do TST desde 2020 (Brasil, 2022). Até o momento da redação deste artigo, verifica-se uma maioria de votos pelo reconhecimento de vínculo de emprego entre motoristas e empresas de aplicativos de transportes como a Uber, 99 e Cabify. O julgamento encontra-se suspenso para vista do ministro Alexandre Agra Belmonte.

As empresas de aplicativos se apresentam como empresas de tecnologia, que promovem a aproximação de mão de obra e demanda de trabalho para indivídu-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

os e empresas independentes, com o uso da tecnologia. Trata-se de uma narrativa apologética e falaciosa.

Adotar tecnologias mais ou menos avançadas não caracteriza uma empresa como sendo fornecedora de tecnologia. Neste século, é muito mais raro encontrar uma empresa que produza ou se valha de tecnologias sofisticadas para o seu funcionamento. Não obstante, o que as empresas de plataformas digitais vendem é o trabalho de outras pessoas. Nesse aspecto, não difere muito de uma empresa prestadora de serviços terceirizados.

Nota-se que as empresas fazem muita questão de reafirmar a paridade, igualdade e autonomia entre as partes contratantes. Negam, contudo, o esforço teórico e prático de anos de luta e construção legislativa que definem o caráter das relações de emprego, ante a hipossuficiência, dependência e subordinação dos empregados em relação aos empregadores.

Frente a isso os contratos modernos devem ser interpretados à luz de determinados princípios jurídicos que visam restabelecer o equilíbrio nessas relações, subordinando tais negócios a regras de Estado e Direito. A classificação como autônomos e a difusão da noção de liberdade no trabalho esvaziam o conteúdo laboral da atividade que os trabalhadores desempenham (Kalil, 2020, p. 22).

Na prática, os trabalhadores de aplicativos estão sujeitos a análise do seu trabalho e sofrem com penalidades, decisões não informadas e unilaterais da plataforma, além de cobrança por produtividade, sem a qual também sofrem punições ou mesmo seu desligamento da plataforma.

Somado a isso, tem-se ainda o controle ostensivo e a vigilância exercida sobre os trabalhadores pelas empresas de aplicativo, que geralmente tem um padrão de controle, não somente do exercício da atividade pelos trabalhadores, mas dos próprios trabalhadores. Essa é a característica que permeia essa face "evoluída" do capitalismo, como foi amplamente abordado no primeiro capítulo. Um exemplo explícito disso foi a tentativa da Uber de monitorar através do GPS instalado nos *smartphones* e punir motoristas que se aproximassem de locais em que ocorriam manifestações contra a Uber na China. Através de uma mensagem no aplicativo, a empresa instruía os condutores a saírem imediatamente do local (Murphy, 2015).

Por trás desse quadro, a história que se revela é a passagem do panóptico e da biopolítica de Foucault e do Estado vigilante de Orwell para o panóptico digital, por meio do smartphone, da internet e dos aplicativos multiplataformas interativos criando novas cores que, por sua vez, geram novas formas de auferir vantagens pela utilização da mão-de-obra. A concepção atual de poder não se centra mais no controle do passado, e sim no "controle psicopolítico do futuro" (Han, 2015, p. 48).

4.1 Avanços Legislativos

Foi sancionada em 05 de janeiro de 2022 a Lei nº 14.297 de autoria do deputado Ivan Valente (PSOL-SP), que dispõe sobre medidas de proteção a entregadores que prestam serviço através de empresas de aplicativo de entrega durante a vigência da situação de emergência e crise de saúde pública decorrente do coronavírus (Brasil, 2022). A lei prevê que as empresas de aplicativo devem contratar seguro, sem franquia, em prol dos entregadores, para que seja garantida sua proteção em caso de acidentes durante a rota de retirada e entrega dos produtos. O seguro deve abranger acidentes pessoais, invalidez temporária ou permanente e morte.

Além disso, determina que a empresa pague uma ajuda financeira ao entregador afastado, em virtude de contaminação por Covid-19, comprovada por laudo médico e resultado positivo de teste RT-PCR, pelo período de 15 dias, podendo ser prorrogada por mais 15 dias. O valor do auxílio deve ser equivalente à média dos três últimos rendimentos mensais do trabalhador. A lei ainda dispõe sobre o dever da empresa de aplicativo de disponibilizar itens de proteção como máscaras e álcool em gel.

O artigo 9º da lei prevê, em caso de descumprimento pela empresa de aplicativo de entrega ou pela empresa que utiliza seus serviços, a aplicação de advertência

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

e o pagamento de multa no valor de 5 mil reais por infração cometida em caso de reincidência.

Em que pese tenha sido sancionada após cerca de dois anos de duração da pandemia, a norma constitui um pequeno avanço em um longo caminho a ser percorrido. Isso porque, a norma não tem o condão de reconhecer vínculo empregatício entre os entregadores e empresas de aplicativos de entrega, estabelecendo apenas direitos básicos no âmbito da saúde e segurança para esses trabalhadores.

Sobre a regulamentação do trabalho por plataformas, embora existam projetos de lei afins - os quais não são aqui objeto de análise pormenorizada – não há um modelo bem definido de regulação do trabalho por plataformas digitais. O levantamento realizado pelo projeto da Clínica Direito do Trabalho da UFPR (2022) identificou três vieses nos projetos: “esforço protetivo para garantir direitos mínimos de saúde, renda e condições de trabalho; a inclusão no estatuto do emprego; e uma tentativa de afastar o reconhecimento da relação de emprego e instituir direitos básicos. No segundo viés, apareceram pouquíssimas propostas” (UFPR, 2022). O projeto mais abrangente identificado foi o de nº 3.748/2020, proposto pela deputada Tabata Amaral como uma resposta às greves dos trabalhadores de aplicativo (breque dos apps).

Em termos do que se discute no presente estudo, a Lei nº 14.297 se faz digna de nota, por ser a primeira lei sancionada que dialoga com este grupo de trabalhadores, ainda que temporária e restrita aos entregadores, por se encontrarem em posição mais vulnerável durante a pandemia. Assim, pode se dizer que se trata do primeiro passo legislativo em direção às garantias dos trabalhadores na, apesar de não se aplicar a outras tantas formas de trabalho desenvolvidos através de plataformas.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

Em que pese os princípios e valores constitucionais apontem para a necessidade de uma intervenção do Estado para garantir maior proteção social e equilíbrio entre as relações jurídicas, na prática, parece haver um movimento, pautado em interesses políticos e econômicos, por uma maior autonomia entre os contratantes (trabalhadores de aplicativo e empresas). No entanto, trata-se de um movimento inconsistente, que propaga um discurso ideológico falso de autonomia do trabalhador que, na verdade, está em uma posição de evidente dependência em relação à empresa, caracterizando o desequilíbrio nesses contratos.

Neste sentido, observa-se a existência de negócios jurídicos, lidos através do paradigma contemporâneo, ainda desprovidos de tutela jurídica, uma vez que as classificações contratuais conhecidas pelo modelo tradicional de negócios revelam-se insuficientes. Diante disso, há necessidade de se ampliar o debate sobre os novos paradigmas dos negócios jurídicos, especialmente no que tange à aplicação nas relações de trabalho contemporâneas.

Verificou-se que a concepção clássica do direito civil privilegia o individualismo e a defesa do patrimônio, além de se embasar nos princípios de liberdade irrestrita de contratar e autonomia plena quanto ao conteúdo do contrato. Essa formatação jurídica, no entanto, é incompatível com a regulamentação do mercado de trabalho, tendo em vista a vulnerabilidade e a hipossuficiência de cada trabalhador em face do seu empregador. Aliás, a essência do *dever-ser*, que caracteriza a necessidade de proteção aos trabalhadores, justifica-se pela desigualdade no que diz respeito ao poder de negociação, decorrente da ausência de verdadeira autonomia da vontade, no momento em que as condições de trabalho são dialogadas (impostas).

Nesse ensejo, verifica-se a perpetuação da exclusão social estrutural. Por conseguinte, denota-se uma situação de extrema desigualdade na determinação do conteúdo contratual, de forma que o negócio jurídico é fruto de uma necessidade premente de uma das partes e não da vontade de ambas.

Assim, é preciso ampliar a análise das relações trabalhistas sobre o prisma dos negócios jurídicos existenciais, visto que estas não podem ser consideradas com liberdade ampla, pois não se admite a flexibilização das regras de interpretação ou mesmo a aplicação de regras de integração que sejam diversas das disposições constitucionais. Qualquer atuação que ocorra nesse sentido, atingindo o mínimo das garantias do ser humano, pode e deve ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário, que deverá readequar a negociação aos parâmetros constitucionais com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Desta forma, diante da tentativa de interpretação e integração dos negócios jurídicos trabalhistas, por meio da concepção clássica, que busca incentivar a livre iniciativa e limitar a intervenção estatal, deve-se observar que há direitos que são oriundos de normas imperativas e cogentes, inderrogáveis, assim, pela vontade das partes, tais como normas de proteção ao trabalhador, ao hipossuficiente, entre outros, oriundos de normas regulamentares que, por serem benéficas, incrustam-se aos contratos existenciais.

Portanto, o que se observa é que mesmo que se alterem ou se ampliem os poderes negociais dos particulares, esse aumento deverá ocorrer dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Estado, princípios basilares como a dignidade humana, a boa-fé, a função social, dentre outros, que representam a direção para a execução dos negócios jurídicos.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANTUNES, Ricardo. O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos Fundamentais. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

BRASIL. Lei nº 14.297, de 5 de janeiro de 2022. Dispõe sobre medidas de proteção asseguradas ao entregador que presta serviço por intermédio de empresa de aplicativo de entrega durante a vigência da emergência em saúde pública decorrente do coronavírus responsável pela covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo 100353-02.2017.5.01.0066. Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 11 de abril de 2022. Disponível em: http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submit=Consultar. Acesso em: 17 nov. 2022.

CALIXTO, Eduardo da Silva. A dinâmica da economia na valorização do trabalho humano e no desenvolvimento econômico em tempos de crise. Londrina, PR: Thoth, 2021.

CASTANHO, William; SEABRA, Catia. Nova proposta de reforma trabalhista libera domingos e proíbe motorista de app na CLT. Folha de São Paulo, São Paulo, 4 dez. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/12/nova-proposta-de-reforma-trabalhista-libera-domingoszotorista-de-app-na-clt.shtml. Acesso em: 5 nov. 2022.

ESPANHA revoga reforma trabalhista que precarizou trabalho e não gerou empregos. ANDES, Brasília, DF, 7 jan. 2022. Disponível em: https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/espanha-revoga-reforma-trabalhista-que-precarizou-trabalho-e-nao-gerou-empregos1. Acesso em: 12 jan. 2022.

HAN, Byung Chul. Psicopolitica. Barcelona: Herder, 2015.

IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 12 nov. 2022.

KALIL, Renan Bernardi. A regulação do trabalho via plataformas digitais. São Paulo: Blucher, 2020.

LACERDA, Rosangela Rodrigues. Curso de direito constitucional do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 2023. *E-book*.

LÊDO, Ana Paula R. S.; SABO, Isabela C.; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica.com., Rio de Janeiro, v. 6. n. 1, p. 1-22, 2017. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/285. Acesso em: 12 nov. 2022.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. Civilistica.com., Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 1-24, 2018. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373. Acesso em: 12 nov. 2022.

LULA fala em revogar reforma trabalhista; lei não gerou empregos prometidos. UOL, São Paulo, 5 jan. 2022. Disponível em: https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2022/01/05/lula-revogar-reforma-trabalhista.htm. Acesso em: 12/ nov. 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 4. ed. Coimbra: Centelha, 1987.

MURPHY, Colum. Uber orders drivers in china to steer clear of taxi protests. The Wall Street Journal, New York, 13 jun. 2015. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/uber-orders-drivers-in-china-to-steer-clear-of-taxi-protests-1434181092. Acesso em: 10 jun. 2023.

NEDER, Vinicius. País tem taxa de informalidade de 40,8% no trimestre até julho, mostra IBGE. UOL, Rio de Janeiro, 30 set. 2021. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2021/09/30/pais-tem-taxa-de-informalidade--de-408-no-trimestre-ate-julho-mostra-ibge.htm. Acesso em: 12/11/2022

O PT não sabe o que é cidadania. Estadão, São Paulo, 9 jan. 2022. Disponível em: https://opiniao.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,o-pt-nao-sabe--o-que-e-cidadania,70003945042. Acesso em: 12 nov. 2022.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Juliana Coelho da; SILVA, Paulo Henrique Tavares da; CECATO, Maria Aurea Baroni. Discurso neoliberal e precarização do mundo justrabalhista: a necessária humanização das técnicas. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v, 9, n. 1, p. 74-86, já./jul. 2018. Disponível em: [https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/656/498]. Acesso em 04/11/2022.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 157-193, jul./dez. 2008. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_supersubordina%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 1 nov. 2022.

STANDING, Guy. O precariado: a nova classe perigosa. Traduzido por Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

UFPR - UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Clínica Direito do Trabalho. Pesquisa da UFPR traçou diagnóstico do trabalho por plataformas digitais no Brasil. Curitiba: UFPR, 24 maio 2022. Disponível em: https://cdtufpr.com.br/pesquisa-da-ufpr-tracou-diagnostico-do-trabalho-por-plataformas-digitais-no-brasil/. Acesso em: 1 nov. 2023.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.48730

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

DECISÃO POR CONSENSO COMO MÉTODO ADEQUADO PARA IMPLANTAÇÃO DO PISO NACIONAL DA ENFERMAGEM

CONSENSUS BUILDING AS AN APPROPRIATE METHOD FOR IMPLEMENTING THE NATIONAL NURSING WAGE

Deborah Alessandra de Oliveira Damas

Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). LLM (Master of Laws) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RIO). Pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. E-mail: damas.deborah@gmail.com.

Márcia Walquiria Santos

Pós Doutora em Gestão de Políticas Públicas pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da USP (EACH/USP). Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP/SP. Procuradora da Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" - UNESP/SP. Professora Titular do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito - EPD/SP. Professora do curso de Direito do CESG – São Gotardo (MG). E-mail: marciawalquiria61@gmail.com.

Como citar: DAMAS, Deborah Alessandra de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria. Decisão por consenso como método adequado para implantação do piso nacional da enfermagem. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 97-115, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48730. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 11/08/2023
Aceito em: 10/11/2024

Resumo: Este artigo retrata a problemática envolvendo a implantação do piso nacional da enfermagem pelos hospitais filantrópicos e instituições que destinem, pelo menos, 60% de seus atendimentos ao Sistema Único de Saúde. Isto porque a Emenda Constitucional nº 127/2022 atribuiu à União a obrigação de prestar assistência financeira a estas instituições para possibilitar a implantação do piso nacional, o que enfrenta desafios em razão das diferentes realidades salariais existentes no país. Assim, pretende-se analisar a aplicabilidade do método da decisão por consenso, que é um mecanismo consensual de resolução de conflitos, na implantação deste piso nacional. O estudo será realizado pelo método dedutivo, com pesquisa bibliográfica a partir de autores que abordam a decisão por consenso.

Palavras Chaves: decisão por consenso; conflito; hospitais; piso nacional da enfermagem.

Abstract: This article portrays the issues surrounding the implementation of the national nursing wage by philanthropic hospitals and institutions that allocate at least 60% of their services to the Unified Health System. This is because Constitutional Amendment No. 127/2022 assigned the responsibility to the federal government to provide financial assistance to these institutions in order to enable the implementation of the national nursing wage, which faces challenges due to the varying salary realities across the country. Therefore, the aim is to analyze the applicability of the consensus building method, a consensual mechanism for conflict resolution, in the implementation of this national wage. The study will be conducted using a deductive method, with bibliographic research based on authors who address the consensus building process.

Keywords: consensus building; conflict; hospitals; national nursing wage.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (Brasil, 1988) incluiu a saúde no rol de direitos fundamentais (art. 5º), atribuindo ao Estado o dever de prestar, de forma universal, esta assistência (art. 196). Embora seja uma obrigação estatal, a própria Constituição possibilitou a participação complementar de instituições privadas no sistema público de saúde, com preferência daquelas enquadradas como sem fins lucrativos (art. 199, § 1º).

Com a sanção da Lei nº 14.434/2022 (Brasil, 2022c) houve o estabelecimento de piso salarial nacional aos profissionais de enfermagem, cujos efeitos foram suspensos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7222 (Brasil, 2024), em razão das inconstitucionalidades apontadas, do risco à qualidade da assistência, à empregabilidade e às instituições hospitalares.

Com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 127/2022 (Brasil, 2022b), foi atribuída à União a obrigação de prestar assistência financeira aos Estados, Municípios, hospitais filantrópicos e instituições que destinem, no mínimo, 60% de seus atendimentos ao Sistema Único de Saúde (SUS), para o fim de implementar o piso nacional, tendo em vista o importante papel que referidas instituições desempenham dentro do sistema público de saúde.

Mas a implementação desse piso nacional enfrenta um grande desafio, que é conhecer o exato tamanho do montante que a União deverá dispender para prestar a assistência financeira, bem como sua identificação por Estado, Município e hospital abrangido, tornando necessário um adequado planejamento em razão da grande diversidade de valores salariais praticados no Brasil; este fato vem gerando conflitos com os gestores locais do SUS, entidades sindicais, profissionais da enfermagem e até usuários do sistema.

O objetivo deste artigo é demonstrar que os conflitos oriundos da implantação do piso nacional da enfermagem poderão ser resolvidos ou minimizados através da utilização de meios consensuais de resolução de conflito, sugerindo-se o método da decisão por consenso ou, como conhecido em inglês, “consensus building”.

A abordagem será feita exclusivamente em relação aos hospitais filantrópicos e aqueles que destinem pelo menos 60% de seus atendimentos ao SUS, por estarem abrangidos pela EC 127 (Brasil, 2022b). O artigo está estruturado em duas partes: a primeira, contextualizará o leitor sobre todo o processo que envolveu a aprovação do piso nacional de enfermagem; a segunda, se discorrerá sobre o “consensus building”, que consiste em mecanismo extrajudicial de solução de conflito e que permite a tomada de decisão com participação ativa e consenso unânime de todos os envolvidos.

Este estudo será realizado através do método dedutivo, com revisão doutrinária a partir de autores que discorrem sobre a decisão por consenso, objetivando a compreensão dos impactos jurídicos, sociais e econômico decorrentes implantação do piso nacional da enfermagem e a identificação se a decisão por consenso consiste em método adequado para solução deste conflito.

1 PISO NACIONAL DE ENFERMAGEM: CONTEXTUALIZAÇÃO

No dia 04/08/2022 foi sancionada a Lei nº 14.434/2022 (Brasil, 2022c), que instituiu o piso salarial nacional do enfermeiro, técnico de enfermagem, auxiliar de enfermagem e parteira. Embora já existissem projetos de lei com semelhante matéria em tramitação há mais de 10 anos, a aprovação da referida lei foi realizada em momento pós-pandêmico e em meio à turbulência política pela qual passava o Brasil durante ano eleitoral. O texto aprovado, na parte de interesse deste estudo, tem a seguinte redação:

> Art. 15-A. O piso salarial nacional dos Enfermeiros contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será de R$ 4.750,00 (quatro mil, setecentos e cinquenta reais) mensais.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> Parágrafo único: O piso salarial dos profissionais celetistas de que tratam os arts. 7º, 8º e 9º desta Lei é fixado com base no piso estabelecido no caput deste artigo, para o Enfermeiro, na razão de:
>
> I – 70% (setenta por cento) para o Técnico de Enfermagem;
>
> II – 50% (cinquenta por cento) para o Auxiliar de Enfermagem e para a Parteira (Brasil, 2022).

Os artigos 15-B e 15-C possuem semelhante redação ao art. 15-A, mas aplicáveis no âmbito da Administração Pública federal, estadual e municipal.

Sem entrar no mérito da fixação de piso nacional para esta categoria, o fato é que sua constitucionalidade foi questionada desde o início, seja por vício de origem, seja por criar despesas para a Administração Pública sem a devida fonte de custeio.

Apesar dos debates sobre sua constitucionalidade, a lei foi aprovada. E com objetivo de sanar a inconstitucionalidade por vício de origem o Congresso Nacional aprovou, com extrema celeridade (29 dias), a EC nº 124/2022 (Brasil, 2022a) para acrescer os parágrafos 12 e 13 ao artigo 198 da Constituição Federal (Brasil, 1988), com a seguinte redação:

> Art. 198. *caput*
>
> § 12. Lei federal instituirá pisos salariais profissionais nacionais para o enfermeiro, o técnico de enfermagem, o auxiliar de enfermagem e a parteira, a serem observados por pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.
>
> § 13. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, até o final do exercício financeiro em que for publicada a lei de que trata o § 12 deste artigo, adequarão a remuneração dos cargos ou dos respectivos planos de carreiras, quando houver, de modo a atender aos pisos estabelecidos para cada categoria profissional.

Sem ter como cumprir os valores previstos pela Lei nº 14.434/2022 (Brasil, 2022c) os hospitais e estabelecimentos de serviços de saúde, por intermédio da Confederação Nacional de Saúde (CNSaúde), ingressou a com a ADI nº 7222, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei (Brasil, 2024). Dentre os motivos apontados estão (i) o desrespeito à auto-organização financeira, administrativa e orçamentária dos Estados e Municípios, (ii) impacto aos estabelecimentos privados de saúde, (iii) risco de ocorrência de massiva demissão, (iv) fechamento de hospitais, (v) estabelecimento de valor sem considerar as desigualdades regionais e as disparidades de valores praticados e (vi) distorção remuneratória, pois o piso da enfermagem acaba por ser maior que o piso salarial do médico. Para a CNSaúde, todos estes fatores tendem a gerar desemprego, falência de serviços de saúde, aumento dos custos aos usuários (plano de saúde), redução de oferta de serviços ao SUS, queda na qualidade da assistência e até o colapso do sistema de saúde.

Em decisão monocrática, confirmada posteriormente pelo Plenário, foi deferida a suspensão dos efeitos desta Lei, extraindo-se da ementa os seguintes trechos de relevância para este artigo:

> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 14.434/2022 E EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 124/2022. PISO SALARIAL DOS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM. **AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO, PONDO EM RISCO VALORES CONSTITUCIONAIS**. CAUTELAR DEFERIDA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 14.434/2022, que altera a Lei nº 7.498/1986 para instituir o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira, a ser aplicado (a) aos profissionais contratados sob o regime da CLT; (b) aos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais; e (c) aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e fundações. 2. **As questões constitucionais postas nesta ação são sensíveis.** De um lado, encontra-se **o legítimo objetivo do legislador de valorizar os profissionais**, que, durante o longo período da pandemia da Covid-19, foram incansáveis na defesa da vida e da saúde dos brasileiros. De outro lado, estão os riscos à autonomia dos entes federativos, **os reflexos sobre a empregabilidade no setor, a subsistência de inúmeras instituições hospitalares e, por conseguinte, a própria prestação dos serviços de saúde**. 3. **É preciso atenção, portanto, para que a boa intenção do legislador não produza impacto sistêmico lesivo a valores constitucionais, à sociedade e às próprias categorias interessadas [**...]
>
> II. **NECESSÁRIA AVALIAÇÃO DOS IMPACTOS DA MEDIDA LEGISLATIVA**
>
> 6. Antes de tudo, porém, valores e bens jurídicos constitucionais substantivos impõem **a avaliação prévia acerca (a) do impacto financeiro e orçamentário sobre Estados e Municípios e os riscos para sua solvabilidade (CF, art. 169, § 1º, I); (b) do impacto**

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> **sobre a empregabilidade no setor, tendo em vista as alegações plausíveis de demissões em massa trazidas aos autos (CF, art. 170, VIII); e (c) do impacto sobre a prestação dos serviços de saúde, pelo alegado risco de fechamento de hospitais e de redução nos quadros de enfermeiros e técnicos (CF, art. 196)** [...] (Brasil, 2024, grifo nosso).

A ementa é extensa, mas pela leitura dos excertos acima se observa que coube ao Judiciário o papel de realizar a análise econômica desta nova lei, avaliando os impactos para os demais entes federativos, o risco à empregabilidade, o risco às instituições privadas e o colapso ao sistema de saúde, de modo que a suspensão deferida no âmbito da ADI nº 7222 foi adequada.

Com objetivo de contornar o problema da fonte de custeio apontada na ADI nº 7222 foi promulgada a EC nº 127/2022 (Brasil, 2022b), para o fim de acrescer os parágrafos 14 e 15 ao artigo 198 da Constituição Federal (Brasil, 1988), com a seguinte redação:

> Art. 198. *Caput*
>
> § 14. Compete à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e às entidades filantrópicas, bem como aos prestadores de serviços contratualizados que atendam, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de seus pacientes pelo sistema único de saúde, para o cumprimento dos pisos salariais de que trata o § 12 deste artigo.
>
> § 15. Os recursos federais destinados aos pagamentos da assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e às entidades filantrópicas, bem como aos prestadores de serviços contratualizados que atendam, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de seus pacientes pelo sistema único de saúde, para o cumprimento dos pisos salariais de que trata o § 12 deste artigo serão consignados no orçamento geral da União com dotação própria e exclusiva.

O ponto importante desta EC foi atribuir à União a responsabilidade de promover assistência financeira aos hospitais filantrópicos e às instituições sem fins lucrativos que destinem, ao menos, 60% ao SUS.

A EC nº 127/2022 (Brasil, 2022b) também alterou os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para estabelecer que o superávit financeiro dos fundos públicos e do Fundo Social do pré-sal seriam destinados pela União ao custeio do piso nacional, o que desencadeou inúmeros questionamentos.

Para Ottoni (2023) a EC nº 127/2022 (Brasil, 2022b) não resolveu o problema, pois os superávits indicados são incertos e insuficientes para a implantação do piso salarial, além de não ter existido a criação de uma fonte de custeio nova. Retrata que estes saldos são apenas contábeis e sua utilização dependem de regulamentação orçamentária e não contemplam os custos para as instituições privadas com fins lucrativos, apenas para aquelas que possuem contrato para atendimento ao SUS.

Em sentido contrário, defendendo a constitucionalidade, se manifestou Contarato (2023) afirmando que os superávits dos fundos públicos já somaram R$ 20 bilhões em 2022 que, aliados aos R$ 21 bilhões em 2021 do Fundo Social do Pré-Sal, mostram-se suficientes para o custeio do piso nacional de enfermagem, estimado em R$ 16 bilhões. Retrata que o STF já declarou a constitucionalidade do piso salarial dos professores da educação básica na ADI nº 4167, cuja linha decisória deverá ser mantida como forma de reconhecimento profissional e garantia da dignidade da pessoa humana.

Os fundos existentes, como pontuado por Ottoni (2023), efetivamente são incertos, não se constituem em fonte permanente, não são suficientes para a implantação do piso salarial e também ocasionarão um problema ainda maior: sem fonte de custeio, não há como repassar os valores aos Estados, Municípios e hospitais; estes, por sua vez, ao implementarem quaisquer valores em 2023 enfrentarão problemas futuros em promover a redução dos salários, por expressa vedação Constitucional (Brasil, 1988), que dispõe no inciso VI do artigo 7º: “[...] irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Em 11/05/2023 foi sancionada a Lei nº 14.581/2023 (Brasil, 2023a), determinando a abertura do orçamento da Seguridade Social da União para atribuir ao Ministério da Saúde o recurso especial no valor de R$ 7.300.000.000,00 (sete bilhões e trezentos milhões de reais) a fim de conceder assistência financeira com-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

plementar aos Estados, Distrito Federal e Municípios, com vistas ao pagamento do piso nacional de enfermagem. O recurso é, efetivamente, insuficiente ao custeio dos valores, como apontado acima por Ottoni (2023).

No dia 12/05/2023 o Ministério da Saúde publicou a Portaria GM/MS nº 597/2023 (Brasil, 2023b), estabelecendo diretrizes para a operacionalização do repasse dos recursos, que vem recebendo críticas quanto a seus critérios e metodologias. Isto porque o Ministério da Saúde subdimensionou o valor com o objetivo de adequar ao orçamento, através da utilização de informações constantes na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) do ano de 2022, que apresenta dados de 2021, tomando por referência carga horária de 40 horas, quando a maioria dos hospitais utiliza carga horária de 44 horas.

Além disto, esta Portaria apresentou em anexo uma relação contendo o nome de diversas instituições hospitalares e os valores que lhes seriam destinados, fato que induziu muitos profissionais de enfermagem a acreditar que o recurso já havia sido transferido aos hospitais e que estes é que estavam se recusando a repassar aos seus empregados; outros conflitos surgiram pelo fato de muitos hospitais não terem sido contemplados na referida relação, gerando insegurança em todos; e, por último, os valores apontados pelo Ministério da Saúde são reconhecidamente insuficientes, conforme notícia veiculada pela Confederação Nacional de Municípios (2023), onde consta a informação de que apenas para suprir o custo dos Municípios seriam necessários R$ 10,5 bilhões em 2023.

No dia 15/05/2023, em nova decisão monocrática, o Ministro Luís Roberto Barroso revogou parcialmente a liminar concedida, encaminhando o processo a plenário; após pedido de vistas pelo Ministro Gilmar Mendes e Dias Toffoli, a decisão – no tocante aos hospitais filantrópicos e aqueles que atendem pelo menos 60% SUS - foi referendada nos seguintes termos:

> a) a implementação da diferença remuneratória resultante do piso salarial nacional deve ocorrer na extensão do quanto disponibilizado, a título de assistência financeira complementar, pelo orçamento da União (art. 198, §§ 14 e 15, da CF, com redação dada pela EC nº 127/2022);
>
> b) eventual insuficiência da assistência financeira complementar mencionada no item (ii.a) instaura o dever da União de providenciar crédito suplementar, cuja fonte de abertura serão recursos provenientes do cancelamento, total ou parcial, de dotações tais como aquelas destinadas ao pagamento de emendas parlamentares individuais ao projeto de lei orçamentária destinadas a ações e serviços públicos de saúde (art. 166, § 9º, da CF) ou direcionadas às demais emendas parlamentares (inclusive de Relator-Geral do Orçamento). Não sendo tomada tal providência, não será exigível o pagamento por parte dos entes referidos no item (ii);
>
> c) uma vez disponibilizados os recursos financeiros suficientes, o pagamento do piso salarial deve ser proporcional nos casos de carga horária inferior a 8 (oito) horas por dia ou 44 (quarenta e quatro) horas semanais, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber (Brasil, 2022b).

Nesta nova decisão o STF frisou a competência da União para prestar a assistência financeira, bem como a inexigibilidade da implantação do piso pelos hospitais ali referidos em caso de não repasse dos valores; mas a utilização da expressão “diferença remuneratória” tem sido causa de muitos debates: para alguns, a remuneração foi utilizada como sinônimo de salário; para outros, indica que o piso poderá ser alcançado com a utilização do salário e outras parcelas remuneratórias, como anuênio e gratificações.

Mas para que a assistência financeira por parte da União seja efetiva há necessidade de se apurar qual será o desembolso financeiro necessário; e mais, poderá ser necessário rever cláusulas de Convenções Coletivas de Trabalho (CCTs), acordar como ficarão os reajustes futuros, já que o piso nacional de enfermagem não está atrelado a uma forma de correção.

Neste contexto, se verifica a necessidade de estabelecimento de um método que permita a participação ativa de todos os envolvidos, possibilitando entender a realidade de cada região e o valor exato dos recursos necessários à implementação deste piso, que deverá ser feito de forma consistente, ainda que gradativa, para que cada profissional saiba exatamente como serão feitos os repasses, qual o valor que cada profissional receberá em caso de pagamento parcial e a partir de quando os repasses serão efetuados, pois conforme afirma Canotilho (2023,

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

p. 257) "[...] o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida".

Dentro deste panorama, o presente artigo se propõe a analisar a utilização a decisão por consenso como método adequado para se proceder a implantação do piso nacional da enfermagem, tendo em vista a disparidade de valores praticados por Estados, Municípios e instituições privadas na área de saúde.

2 CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO A POSSIBILITAR A ADOÇÃO DO CONSENSUS BUILDING

A jurisdição estatal, com sua morosidade, imprevisibilidade de suas decisões e pouca efetividade de seus julgamentos, já não atende adequadamente os anseios da sociedade, exigindo-se a busca por soluções extrajudiciais de conflitos que apresentem resultados mais céleres e adequados (Silva, 2013, p. 12). A respeito da utilização de mecanismos consensuais na resolução de conflito pela Administração Pública, Binembojm (2007 *apud* Brega, 2020, p. 383-384) enfatiza que:

> Parece certo reconhecer que um novo papel tem sido atribuído à Administração Pública, sobretudo no que concerne ao atendimento das demandas da sociedade. Parcerias e tantas outras formas de descentralização e compartilhamento de responsabilidades e de atuação do Poder Público são representativas das mudanças havidas nas últimas décadas [...] A solução pacífica dos conflitos está prevista na Constituição Federal do Brasil, em seu art. 4º, VII, que a preconiza como um valor a ser perseguido pelo Estado brasileiro em suas relações internacionais: [...], a partir dessa importante diretriz, passou também o Direito Administrativo a receber forte influência dos princípios constitucionais, de sorte a ser mandatória a releitura de seus princípios específicos.

Também a legislação infraconstitucional prevê a possibilidade de adoção de soluções extrajudiciais no âmbito da Administração Pública, como se observa na Lei de Arbitragem (Brasil, 1996), na Lei da Mediação (Brasil, 2015b) que criou uma seção específica para a Administração Pública e, também, no Código de Processo Civil (Brasil, 2015a), que igualmente contemplou a solução extrajudicial de conflitos inclusive no âmbito da administração pública.

Como mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, a decisão por consenso encontra fundamento, por analogia, nos mesmos dispositivos da mediação, pois a ela se assemelha. A informalidade e flexibilidade presentes na mediação também são traços presentes no "consensus building", onde as partes são os verdadeiros protagonistas e possuem participação ativa.

A diferença entre os dois mecanismos é sutil: enquanto a mediação pode se mostrar mais eficaz em grupos menores e tem na confidencialidade um de seus principais princípios (Tartuce, 2021, p. 227) na decisão por consenso é adequada a conflitos que envolvem grande número de pessoas, que podem ser subdivididas em grupos menores durante o processo de discussão, inclusive com a possibilidade destes grupos designarem representantes para a manifestação de seus pensamentos, até mesmo com poder decisório; com isto, a questão da confidencialidade – princípio essencial na mediação – perde força na decisão por consenso, onde se torna possível até mesmo a existência de reuniões abertas ao público (Shamir, 2003)[1].

Justamente por permitir a participação de toda uma coletividade é que Shamir (2003, p. 15, tradução nossa) afirma que "[...] o processo de decisão por consenso é adequado para questões de planejamento, ambientais e sociais, entre as partes que serão afetadas pela decisão".

A implementação do piso nacional reflete uma questão social e é por isso que a decisão por consenso pode representar um importante caminho para a solução consensual, pois permitirá que os próprios profissionais de enfermagem – ainda que tenham seus representantes de classe - acompanhem as discussões e tenham

1 Yona Shamir cita, como exemplo de "consensus building", o caso envolvendo a construção de um reservatório em San Antonio, Texas, cujas obras não conseguiram ser realizadas em razão da existência de objeções de algumas partes afetadas. Quando o processo foi interrompido, concluiu-se que a única forma de avançar seria através de uma decisão por consenso. Todas as partes interessadas foram acionadas: construtoras, ambientalistas, as forças armadas que possuíam cinco bases na região, a Câmara de Comércio, grupos comunitários, líderes cívicos e ativistas contra o reservatório. As reuniões foram abertas ao público e todas as partes foram ouvidas. Ao final do processo, ficou claro que a cidade de San Antonio não precisava de um novo reservatório, mas, sim, de uma melhor gestão do reservatório existente e uma política foi instituída para esta finalidade (Shamir, 2003).

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 97-115. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48730

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

maior subsídio para posicionamento junto aos órgãos representativos quando da tomada de decisões. Isto investe as partes participantes de poder e autonomia, ao mesmo tempo em que possibilita a conscientização sobre o problema, reduzindo as externalidades negativas como prejuízo à assistência à saúde e a empregabilidade.

Estudos apontam que a quantidade de profissionais de enfermagem existentes nos hospitais variam de 44% a 63% do quadro de empregados, conforme o hospital o grau de complexidade e de serviços de urgência existente (Picchiai, 2009, p. 68; Possa; Trepte, 2018, p. 53), demonstrando que parcela significativa dos profissionais vinculados a um hospital será atingida pelo piso nacional.

Mas para se mostrar a importância da decisão por consenso é necessário que se entenda as disparidades salariais existentes no Brasil. Utilizando-se como referência o Estado do Paraná, que possui piso salarial regional fixado com base em legislação estadual e que em janeiro/2023 correspondia ao maior piso regional do Brasil (Paraná, 2023b)[2]. Para ampliar esta análise, o comparativo será feito entre o piso salarial da enfermagem, o piso regional do Paraná e os pisos salariais estabelecidos em Convenções Coletivas de Trabalho[3] (CCTs) firmadas por alguns dos sindicatos da área de saúde situados no Estado do Paraná, que representam valores mais próximos aos efetivamente praticados pelos hospitais sem fins lucrativos:

Tabela 1 – Comparativo de pisos salariais no Estado do Paraná

Discriminação	**Piso Enfermeiro**	**Piso Técnico Enf.**	**Piso Aux. Enf.**
Lei nº 14.434/2022	**R$ 4.750,00**	**R$ 3.325,00**	**R$ 2.375,00**
Piso Regional do Paraná - 2023	Não há	R$ 1.999,02	R$ 1.798,60
CCT Curitiba (MR025901/2022) Vigência: 01/05/2022 a 30/04/2023	R$ 3.292,00	R$ 1.976,00	R$ 1.815,00
CCT Guarapuava (MR033483/2022) Vigência: 01/05/2022 a 30/04/2023	R$ 3.167,42	R$ 1.820,23	R$ 1.634,84
CCT Toledo (MR032858/2022) Vigência: 01/05/2022 a 30/04/2023	R$ 2.427,70	R$ 1.647,80	R$ 1.449,80
CCT Irati (MR035217/2022) Vigência: 01/05/2022 a 30/04/2023	R$ 3.379,78	R$ 1.539,68	R$ 1.369,50
CCT Foz do Iguaçu (MR018083/2022) Vigência: 01/02/2022 a 30/04/2023	R$ 3.032,32	R$ 1.936,56	R$ 1.547,95
CCT Maringá (MR019481/2022) 01/05/2022 a 30/04/2023	R$ 2.111,72	R$ 1.529,42	R$ 1.398,98
CCT Vale do Ivaí (MR040056/2023) 01/05/2023 a 30/04/2024	R$ 2.092,00	R$ 1.426,00	R$ 1.374,00

Fonte: Brasil (2022c, [2024]) e Paraná (2023a).

Se há disparidades dentro de um único Estado da Federação, maiores são as diferenças regionais dentro de um país de proporção continental como é o Brasil, como se demonstra com alguns exemplos abaixo que compilam informações de todas as regiões do País:

Tabela 2 – Comparativo de pisos salariais no Brasil[4]

Discriminação	**Piso Enfermeiro**	**Piso Técnico Enf.**	**Piso Aux. Enf.**
Lei 14.434/2022	**R$ 4.750,00**	**R$ 3.325,00**	**R$ 2.375,00**
REGIÃO CENTRO-OESTE CCT Cuiabá/MS (MR 016731/2022) Vigência: 01/03/2022 a 28/02/2023	R$ 2.812,70	R$ 1.540,00	R$ 1.229,80
REGIÃO NORDESTE CCT Fortaleza/CE (MR051196/2022) Vigência: 01/09/2022 a 31/08/2023 CCT Fortaleza/CE (MR052582/2022) Vigência: 01/01/2022 a 31/12/2022	R$ 2.904,13 --	-- R$ 1.428,55	-- R$ 1.326,33

2 Este piso regional não se aplica para os trabalhadores que possuam pisos fixados em Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho (ACT).

3 Consulta às CCTs através do Sistema Mediador do Ministério da Economia (Brasil, [2024]), através da aba “Consulta Básica”, em “Número da Solicitação” digitar o número correspondente a MRxxxxxx/ano informado nas Tabelas 1 e 2.

4 Utilizou-se como referência os pisos salariais fixados na última CCTs vigentes entre os anos de 2022 e 2023.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REGIÃO NORTE CCT Manaus/AM (MR027156/2022) Vigência: 01/05/2022 a 30/04/2023	R$ 3.000,00	R$ 1.650,00	R$ 1.285,00
REGIÃO SUDESTE CCT São Paulo/SP (MR027156/2022) Vigência: 01/09/2022 a 31/08/2023 CCT São Paulo/SP (MR006248/2023) Vigência: 01/01/2023 a 31/12/2023	R$ 3.921,14 --	-- R$ 1.988,86	-- R$ 1.726,58
REGIÃO SUL CCT Curitiba (MR025901/2022) Vigência: 01/05/2022 a 30/04/2023	R$ 3.292,00	R$ 1.976,00	R$ 1.815,00

Fonte: Sistema Mediador do Ministério da Economia (Brasil, [2024])

Encontrar um mecanismo que possibilite a implantação do piso nacional da enfermagem em todo o território nacional é tarefa árdua e não pode ser feita de forma precipitada; depende de discussão entre as partes envolvidas, possível revisão de cláusulas convencionais, definição da forma de repasse destas rubricas que exigirão prestação de contas pelos hospitais e até mesmo o estabelecimento de critérios de distribuição dos recursos entre os profissionais da enfermagem diante das notícias de que o repasse pela União será insuficiente para custeio integral dos valores.

O direito dos hospitais sem fins lucrativos à revisão dos valores para custeio do piso nacional da enfermagem decorre da própria lei e se enquadra no rol de direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública, tornando possível sua resolução através de métodos consensuais.

Por isso mostra-se acertada a conclusão de Brega (2020, p. 391), refletindo a moderna doutrina do Direito Administrativo: “Parece certo reconhecer que a solução não encontra lugar no litígio. A solução está no justo olhar sobre o adequado cumprimento contratual, pela consensualidade, que tem vocação natural na mediação”.

Para isto, exige-se uma mudança de cultura dos operadores de direito, em especial da Administração Pública; ainda que o custo de uma demanda judicial já esteja contemplado dentro da estrutura do Estado, o retardamento na solução do conflito gera – além da insatisfação do cidadão – um ônus final ao Estado que não é pontuado se levado em consideração a Análise Econômica do Direito. Logo, mostra-se adequada a crítica de Carvalho (2018) ao pontuar:

> Diversos elementos relacionados à judicialização da saúde indicam que a passiva aceitação do ajuizamento em massa de tais demandas não parece ser uma escolha eficiente para a Administração. Há vários incentivos que indicam que a mais frequente busca pela solução extrajudicial dos conflitos poderia ser uma estratégia racional e consentânea à economicidade. Com efeito, a Análise Econômica do Direito apresenta raciocínios úteis para que se compreendam as hipóteses em que a celebração de um acordo, que é uma forma de solução cooperativa para o conflito, seria uma estratégia ótima para os envolvidos.

Portanto, a solução para o problema ora apresentado passa pela ótica do interesse público existente, já que o Estado efetivamente depende da sobrevivência dos hospitais sem fins lucrativos e o caminho é a utilização de soluções extrajudiciais visando o repasse aos hospitais dos custos inerentes à implantação do piso nacional.

3 CONSENSUS BUILDING COMO MECANISMO PARA A IMPLANTAÇÃO DO PISO NACIONAL DA ENFERMAGEM

Segundo Buttler e Rothstein (1991, p. 1, tradução nossa), “[...] se a guerra é a resolução violenta do conflito, então a paz não é a ausência do conflito, mas, sim, a capacidade de resolvê-los sem violência”. Em relação à implementação do piso nacional da enfermagem, a capacidade de resolver o conflito sem violência, sem greve, sem paralisação ou prejuízo à assistência dos usuários é a chave de tudo.

Entenda-se que a violência aqui descrita não significa a utilização da força física em relação ao outro, mas, sim, na utilização do poder (econômico, jurídico

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ou social) que uma das partes possui e que pode ser empregado com o objetivo de dominar o outro (Buttler; Rothstein, 1991). Portanto, assim como a Administração Pública não poderá utilizar seu poder econômico como meio de pressão para a imposição de propostas que não sejam suficientes para a integral implementação do piso nacional da enfermagem, os hospitais não poderão utilizar de sua essencialidade ao sistema público de saúde como meio de resolver outras pendências passadas e, tampouco, a categoria da enfermagem empregar ameaças de paralisação como meio de coerção.

A escolha do mecanismo de resolução deste conflito será determinante diante das desigualdades regionais e a divergência de valores praticados pelo País. Também será importante para se evitar que a questão se arraste por tempo além do necessário.

Dentre os mecanismos que podem ser utilizados para a implantação do piso nacional da enfermagem está a decisão por consenso ou “consensus building”, mecanismo mais conhecido nos Estados Unidos e pouco difundido no Brasil.

Para alguns doutrinadores (Buttler; Rothstein, 1991; Innes, 2004) a decisão por consenso objetiva a obtenção de uma solução que represente a aprovação unânime de todos os participantes do processo, obtida através da somatória de esforços e boa-fé, em que se procura maximizar todos os ganhos possíveis em favor das partes interessadas.

Em relação à unanimidade, Shamir (2003) afirma que a decisão por consenso poderá ser considerada exitosa se houver a aprovação superior a 90% de seus participantes e traça um divisor no sentido de que uma aprovação acima de 80% caracteriza a decisão por consenso e abaixo disto seria enquadrado como decisão por maioria.

No Brasil, geralmente a tomada de decisão é realizada através do processo de manifestação da maioria; o princípio da decisão por maioria está previsto em diversos dispositivos, citando-se como exemplo os artigos 48, 999 e 1.015 do Código Civil (Brasil, 2002), todos tratando de matérias referentes à tomada de decisão em sociedades.

A regra pela decisão por maioria, a princípio, parece coadunar com o entendimento de justiça e evita, por exemplo, que uma minoria possa contrariar o que representaria o bem ou interesse da maioria; mas também possibilita que a maioria, sabendo que terá o poder de decisão, prejudique deliberadamente os interesses da minoria; em quaisquer dos casos, o impasse acaba levando a discussão para a esfera judicial. Por isso, torna-se importante a construção de consenso em que se busque o melhor resultado possível a todas as partes envolvidas no conflito, gerando soluções mais estáveis e eficientes do que aquelas que seriam obtidas por meio da decisão por maioria.

Esclareça-se que a maximização dos ganhos não quer dizer que a vantagem resultante seja a melhor para cada um dos indivíduos participantes (se analisados isoladamente), e, sim, o melhor dentro de um contexto coletivo. Importa dizer que as partes, estando conscientes das vantagens e desvantagens de cada uma das alternativas possíveis, optam por uma que gere o maior ganho possível a todos os envolvidos. E, o ganho aqui retratado é simbólico, não se relacionando diretamente a uma vantagem patrimonial, pois também pode compreender a redução de uma perda ou de um risco.

Para Buttler e Rothstein (1991) a decisão por consenso, para ser alcançada, exige um compromisso de cooperação ativa dos envolvidos, com processos de fala e escuta disciplinados e respeito às contribuições de cada participante, pois todos têm a responsabilidade de interação no processo criativo dentro da estrutura.

Em qualquer processo de tomada de decisão é comum a existência de negação, repressão ou tentativa de se evitar o conflito; e, quando se trata de uma tomada de decisão que envolve uma relação continuada (como a relação entre gestor do SUS e os hospitais sem fins lucrativos ou dos hospitais e os profissionais de enfermagem), há o risco de se trazer para a negociação conflitos passados

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

que não tenham sido adequadamente resolvidos, dificultando o processo (Buttler; Rothstein, 1991).

Por isso, torna-se importante que cada participante tenha ciência da regra do jogo e dos objetivos a serem alcançados, com possibilidade de manifestar livremente sua opinião, mas sem perder o foco em relação ao problema que se pretende solucionar.

O "consensus building" não se caracteriza pela somatória de propostas, mas pela construção conjunta de uma única proposta. Todas as objeções ou discordâncias devem ser analisadas e discutidas, de acordo com os princípios definidos pelo grupo antes do início do processo de tomada de decisão. Por isso, há necessidade de se estabelecer regras e diretrizes, para se evitar que a todo momento questões já decididas sejam retomadas e as relações acabem se desgastando (Innes, 2004).

Sobre a construção conjunta de uma proposta Shamir (2003, p. 16, tradução nossa) afirma que é papel do facilitador elaborar um rascunho contendo os principais pontos do conflito, conforme entendido por ele e que o "[...] rascunho deve ser uma análise dos interesses relacionados a uma categoria ou questão específica. Isto permite que as partes visualizem as questões e evitem lidar com elas em um nível pessoal".

As discussões, pautadas no respeito, são essenciais para a decisão por consenso, pois o acúmulo de ideias gera novas ideias até a obtenção de uma solução ao conflito que seja aceita por todos, dinâmica que se denomina interação criativa de ideia. Nas decisões por consenso todos os participantes são responsáveis em apresentar suas preocupações e nenhuma decisão é adotada enquanto não houver a resolução de cada preocupação manifestada (Buttler; Rothstein, 1991).

De acordo com o Programa de Negociação da Harvard Law School a decisão por consenso passa por cinco etapas:

a. Inclusão das pessoas certas, com definição de suas expectativas: para isto, o negociador precisará avaliar todas as partes que serão afetadas pelo acordo, as quais deverão estar esclarecidas da integralidade dos fatos que envolvem o conteúdo e contexto da negociação;

Atribuição de papéis e responsabilidades: será importante que as regras básicas que serão aplicadas ao processo de negociação sejam originárias de negociação e cada parte envolvida deve estar ciente de suas responsabilidades para o sucesso do acordo;

Envolvimento na resolução do problema: todos os participantes devem se empenhar na elaboração de um texto único que contemple as necessidades de todos os envolvidos antes de se chegar ao ajuste final que contemplará a decisão por consenso.

Obtenção de consenso: é necessário que o negociador mantenha uma comunicação eficaz e construa relacionamentos fortes como meio para se chegar ao consenso.

Manutenção das partes envolvidas em seus compromissos: em qualquer processo negocial, as surpresas são inevitáveis, mas o facilitador deverá cobrar o cumprimento dos compromissos, ponto essencial para a obtenção do consenso unânime; esta costuma ser uma das etapas mais difícil da negociação (Harvard Law School, [2023]).

Segundo Innes (2004) a decisão por consenso tem raízes nas teorias envolvendo negociação, mediação e métodos adequados de solução de conflitos, utilizando-os como meio de transformação e planejamento na construção de propostas. Mas afirma que nem toda atividade desenvolvida sob o rótulo de decisão por consenso efetivamente o é; por isso, muitas experiências relatadas na literatura como inexitosas decorrem de uma inadequada interpretação ou aplicação do "consensus building". Afirma que para a caracterização da decisão por consenso são necessários:

1. A inclusão de uma ampla gama de partes interessadas;
2. Atribuir uma tarefa significativa para os participantes e que promete ter um impacto oportuno;

CC BY NC ND

3. Os participantes estabelecerem suas próprias regras básicas de comportamento, definição de agenda, tomada de decisões e outros tópicos;
4. Um processo que começa com uma compreensão mútua dos interesses e evita negociações baseadas em posições;
5. Um diálogo onde todos são ouvidos e respeitados e possuem igual capacidade de participação;
6. Um processo de auto-organização que não seja limitado pelos facilitadores em relação ao tempo ou conteúdo, e que permite aos participantes questionarem o estado atual (*status quo*) e todas as suposições;
7. Informações acessíveis e totalmente compartilhadas entre todos os participantes;
8. A compreensão de que o "consenso" só é alcançado quando todos os interesses foram explorados e todos os esforços foram feitos para satisfazer essas preocupações (Innes, 2004, p. 7, tradução nossa).

Ainda segundo Innes (2004), em se tratando de casos de maior complexidade e com a presença de número significativo de participantes, a condução do processo por um facilitador hábil e capacitado se mostra importante para o sucesso da decisão por consenso; mas reconhece que a falta de dados conclusivos sobre o tipo de facilitação necessária gera divergência teórica, pois alguns autores apontam que o facilitador deve ser um profissional capacitado e neutro, enquanto outros afirmam que as próprias partes interessadas ou outros membros de uma comunidade ou grupo podem conduzir o processo de facilitação de maneira eficaz se tiverem habilidades e puderem agir de forma neutra no papel de facilitador.

O fato é que, quando as condições da decisão por consenso são observadas, normalmente se obtém uma compreensão compartilhada dos problemas, com o surgimento de soluções inovadoras através da qual se obtém um crescimento conjunto e o desenvolvimento da habilidade do diálogo. Embora apresente semelhanças com a teoria da racionalidade comunicativa de Habermas, dela se diferencia por não se constituir em uma "visão ideal" de processo, mas sim de uma "visão prática" do que é necessário – em uma situação real - para uma tomada de decisão eficiente, em que se leva em consideração distintas formas de visão, conhecimento e compreensão (Innes, 2004, p. 8).

4 SOBRE CONFLITO E CONSENSO: APLICAÇÃO PRÁTICA DA DECISÃO POR CONSENSO NA IMPLANTAÇÃO DO PISO NACIONAL DA ENFERMAGEM

O conflito faz parte da essência humana, caracterizando-se por elemento fundamental para sua evolução. A presença do conflito em si não indica a existência de algo positivo ou negativo, apenas a forma como o homem se deixa ser influenciado ou atingido pelo conflito é que atribuirá a este uma visão positiva ou negativa (Silva, 2013, p. 104).

Para Deutsch (2004, p. 34) o conflito também possui funções positivas, pois "previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social". É dentro deste viés que a questão referente ao piso nacional da enfermagem deve ser analisada.

É fato que a sanção da Lei nº 14.434/2022 (Brasil, 2022c) instaurou um conflito, do qual poderão advir aspectos positivos. Hoje, há escassez de profissionais de enfermagem no mercado, desestimulados em buscar uma formação para atuar em uma categoria que exige jornadas diárias de até 12 horas (12x36 horas), inclusive em feriados e finais de semana, para executar cuidados com o paciente (incluindo contatos com sangue, fluídos e secreções corporais); os baixos salários, aliado à escassez de profissionais, exigem que estes profissionais trabalhem em dois empregos, de modo a não possuir um único dia de folga para ficar com seus familiares. Ao trabalharem 12 horas todos os dias sofrem com quadro de estafa física e mental, aumentando os riscos de acidente do trabalho, desenvolvimento de doenças profissionais e até falhas no exercício de sua atividade, ou seja, com riscos à saúde do trabalhador e à vida do paciente. Isto sem falar no risco de contaminação inter-hospitalar, pois em razão do duplo emprego o profissional de enfermagem pode levar de um hospital para outro bactérias multirresistentes capazes de se disseminarem rapidamente. Esta é a realidade hoje.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Sob este aspecto, o aumento do piso salarial propiciará condições mais dignas à esta categoria profissional, atraindo mais pessoas para a formação nesta área. A existência de mais profissionais possibilitará aos hospitais, inclusive, efetuar contratações com cláusulas restritivas de duplo emprego como meio de se evitar seus efeitos maléficos, como a Síndrome de Burnout, os riscos de falhas na assistência e a infecção inter-hospitalar.

Portanto, dentro da visão apresentada por Deutsch (2004, p. 34), este conflito que foi ocasionado pela aprovação do novo piso salarial da enfermagem servirá para revitalizar as relações e estabelecer novos paradigmas e regras entre as partes envolvidas, contribuindo para a melhoria das condições de trabalho, da assistência prestada e a satisfação do usuário.

Entendido que o conflito não é necessariamente negativo, ao contrário, apresenta facetas positivas que permitem a evolução das relações sociais, deve-se então entender o que é consenso.

Consenso é mais do que um simples “sim”. Consenso pressupões consciência do que se está acordando e a voluntariedade na tomada de decisão. Aceitação de uma proposta sob pressão, não é consenso. O “sim” dito sem a ciência de toda a extensão de seu significado também não é consenso.

O consenso somente será legítimo quando todas as partes estiverem informadas sobre os riscos e benefícios do acordo e entenderem que a solução encontrada é a que representa o máximo de ganho possível a todos os envolvidos.

A grande questão é: como implementar o piso salarial nacional em um país de tamanho continental, onde são praticados os mais variados salários e que contém uma série de hospitais públicos e privados, com administrações isoladas?

O caminho deve se iniciar com os gestores locais do SUS, responsáveis pela celebração dos contratos com os prestadores de serviços de saúde. O SUS possui gestão tripartite realizada pela União, Estados e Municípios, cada qual com sua respectiva competência. A gestão dos prestadores é feita de forma local ou regional, conforme seja enquadrada no que se denomina de gestão plena ou semiplena.

Na gestão plena, o Município assume a responsabilidade de gerir os recursos de saúde repassados pela União e Estado, mas possui o compromisso de disponibilizar todos os serviços necessários, incluindo serviços de alta e média complexidade, exames diagnóstico e imagem, hospitais secundários e terciários. Neste caso, os contratos com os prestadores de serviços são celebrados pelo Município, como gestor local do SUS.

Na gestão semiplena, o Estado é quem assume a responsabilidade de gerir os recursos de saúde repassados pela União, além daqueles de seu próprio orçamento. Isto ocorre porque muitos municípios, em razão do seu porte, não dispõem da estrutura assistencial necessária, que passa então a ser organizada pelo Estado através de uma regionalização. Assim, o Estado se organiza em Regionais de Saúde, cada qual responsável por efetuar a organização e integração dos serviços existentes. Nestes casos, o contrato de prestação de serviços é firmado com o Estado.

Por isso, o processo de implantação do piso nacional da enfermagem deve se iniciar nos Municípios (se gestão plena) ou nos Estados, através das Regionais de Saúde (se gestão semiplena). Estes dois gestores do SUS possuem a identificação de todos os prestadores de serviços, com quem já possuem contratos firmados, o que facilitará todo o processo de comunicação.

Ao se delegar aos Estados e Municípios o papel de apuração das diferenças se conseguirá, mais facilmente, adotar o mecanismo do “consensus building”, que exige a correta identificação de todos que, direta ou indiretamente, estejam envolvidos no processo, pontuando suas expectativas e receios, para que o processo de negociação se desenrole.

E, neste primeiro momento, poderia assumir o papel de facilitador do “consensus building” o Ministério Público Estadual responsável pela atuação na área da saúde, que já conhece o meio de funcionamento do SUS e capaz de manter

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

uma boa interlocução com todos. E, se achar importante, este facilitador também poderá envolver o Ministério Público do Trabalho, entendendo que atuação conjunta de dois ramos do Ministério Público poderá colaborar para a obtenção de uma decisão por consenso.

Mas é importante destacar que o papel dos facilitadores, no "consensus building", será semelhante ao do mediador dentro da Mediação: a atuação deve ser como terceiro imparcial que, conforme Resolução CNJ nº 125/2010, consiste: "[...] dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente" (Brasil, 2010).

Conforme Tartuce (2021, p. 219) a imparcialidade "representa a equidistância e a ausência de comprometimento em relação aos envolvidos no conflito, [...] sua presença é um fator determinante para que seja reconhecida como válida a atuação do terceiro que intervém no conflito".

Os facilitadores do processo devem iniciar com a correta e adequada identificação do conflito, das partes interessadas, seus interesses e o tipo de poder que cada uma possui. Também devem conscientizar as partes que o objetivo é alcançar a melhor alternativa para um acordo negociado. Os facilitadores preparados sabem que a disposição das partes em participar do processo já é indício de que estas têm ciência de que, sozinhas, não conseguirão alcançar a satisfação de seus interesses ou, então, que possuem incertezas ou receios advindos da falta de consenso no conflito (Innes, 2004, p. 9).

O caso do piso nacional da enfermagem envolve o repasse insuficiente de recursos por parte da União para custeio efetivo dos valores e utiliza uma fonte que não é permanente. Surgem dilemas: se o recurso é insuficiente, como será feito o rateio entre os hospitais e entre os profissionais de enfermagem? Será destinado o recurso para quem recebe menos ou se dividirá de maneira igualitária entre todos os profissionais? Caso o recurso em 2024 seja menor do que 2023, será possível reduzir os salários pela existência de repasse menor ou até mesmo excluir este repasse?

Estas e tantas outras questões surgirão, mas este artigo pretende demonstrar como a decisão por consenso poderá facilitar o processo. A partir dos cinco pontos informados pela Havard Law School e mencionado acima, a aplicação prática para a implementação do piso salarial da enfermagem deve contemplar:

1) A identificação de todos os interessados no processo:

A identificação adequada dos envolvidos não é tarefa simples; em um primeiro momento, deve-se identificar todos os atingidos pelo piso nacional (cenário amplo) para, após, reduzir-se aos envolvidos de forma mais direta.

Quanto aos indivíduos atingidos pelo piso nacional da enfermagem, se encontram: (i) Profissionais de enfermagem (setor público e privado), suas associações, sindicatos, federações e confederações; (ii) União, Estados, Municípios, Distrito Federal em seu duplo papel: empregadores e cogestores do SUS; (iii) Estabelecimentos de serviços de saúde privados, com ou sem fins lucrativos, que destinem ao menos 60% de seus atendimentos ao SUS, nos termos da EC nº 127/2022; (iv) Usuários do SUS, que poderão ser impactados, seja pela redução na rede de atendimento ao SUS, seja pelo aumento de pessoas que migram de planos de saúde; (v) Estabelecimentos de serviços de saúde privados, com ou sem fins lucrativos que não possuam contrato com o SUS ou não atinjam o percentual mínimo de 60%; (vi) Planos de saúde, que serão impactados com o aumento da folha de pagamento dos hospitais; (vii) Usuários de plano de saúde, que sofrerão com os aumentos nas mensalidades e, a depender do aumento, muitos usuários migrarão para o sistema público de saúde, que hoje já está sobrecarregado; (viii) Instituições de longa permanência (asilos e casas de repouso) que, embora sejam instituições de assistência social, possuem profissionais de enfermagem em seus quadros; (ix) Instituições de ensino superior que possuem cursos de enfermagem e instituições de ensino profissionalizantes na formação de técnicos em enfermagem, que

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

precisam de enfermeiros docentes; (x) Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que regula os reajustes dos planos de saúde, com base em cálculos atuariais, onde demonstram a elevação do custo da assistência; (xi) STF, em razão da ADI 7222 (Brasil, 2024).

Neste artigo se analisará exclusivamente os efeitos do piso salarial da enfermagem nos hospitais sem fins lucrativos e aqueles que destinem, ao menos, 60% de seus atendimentos para o SUS. Por isso, dentro do "consensus building" será importante a participação ativa dos quatro primeiros grupos: os profissionais, gestores do SUS, hospitais e usuários. Como os recursos serão repassados pela União, com revogação parcial da suspensão feita pelo STF, desnecessária a participação dos demais interessados.

2) Atribuição de funções e responsabilidades:

A segunda etapa para obtenção de uma decisão por consenso passa pelo estabelecimento das regras e diretrizes: como serão feitas as manifestações de cada grupo? Qual é o comportamento desejado de cada participante? Quais são os objetivos pretendidos e as diretrizes para alcança-los? Os pontos que já foram objeto de consenso poderão serão passíveis de rediscussão? Como serão as reuniões? Estes e muitos outros questionamentos poderão ser objeto de discussão e definição pelo grupo, para definição das regras de funcionamento.

Definidas as regras de funcionamento, serão realizadas as delegações de funções e responsabilidade a cada participante do processo: de um lado, por parte dos hospitais, serão levantados os salários pagos e parcelas remuneratórias que são calculadas sobre os salários, citando-se como exemplo: adicional por tempo de serviço, produtividade, assiduidade, adicional noturno, gratificações, descanso semanal remunerado, entre outras. Há casos em que existem normas coletivas que estabelecem benefícios com vinculação ao salário ou remuneração, citando como exemplo a vinculação do adicional de insalubridade ao salário percebido ou pagamento de um prêmio ao empregado que se aposenta, que também devem ser levados em consideração por gerar impacto a curto, médio e longo prazo, conforme o risco de aposentadoria. Também existem os encargos reflexos, como férias, gratificação de férias, 13º salário, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), verbas rescisórias, multa de 40% do FGTS sobre a diferença do piso salarial e o PIS/COFINS sobre a folha de pagamento; também devem ser considerados os impactos em caso de retorno de colaboradores afastados em licença previdenciária, substituições, reposições que precisam ser feitas para suprir afastamentos e férias ou manter o Índice de Segurança Técnica (IST)[5].

Por parte dos profissionais de enfermagem e suas entidades representativas se analisará a possibilidade de revisão de eventuais benefícios constantes em convenção ou acordo coletivo como forma de possibilitar a implantação do piso nacional; também devem discutir sobre as negociações futuras, em que se estabelecerão índices de reajustes para as demais categorias de colaboradores, com definição de como ficará em relação aos profissionais de enfermagem, já que tudo está atrelado ao orçamento da União.

Já os gestores do SUS, além da apuração dos impactos em sua própria folha de pagamento, na qualidade de empregadores, também deverão realizar o estudo sobre a necessidade de aumento da rede contratada, pois a dimensão não poderá levar em consideração apenas os prestadores existentes hoje, mas as expectativas de aumento futuro da rede por conta da demanda crescente.

3) Elaboração de texto único contemplando todos os pontos elencados pelos envolvidos:

A partir dos levantamentos realizados por todos os participantes, o facilitador lançará em texto único as preocupações apresentadas, as divergências e os consensos para facilitar a visualização dos pontos que são convergentes e os que necessitam de aprofundamento e discussão. Neste item, será importante que cada

5 O Índice de Segurança Técnica (IST) corresponde ao percentual de profissionais de enfermagem destinados à cobertura das taxas de absenteísmo (faltas não programadas, doenças) e de ausências por benefícios (férias, licenças). Seu cálculo é realizado conforme regras estabelecidas pelo Conselho Federal de Enfermagem (COFEN).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

participante tenha direito à manifestação, sendo então elencado os prós e contras em relação a cada item.

4) Obtenção do consenso:

Este é o ponto que mais exigirá a atuação do facilitador; as partes deverão debater sobre os pontos ainda objeto de divergência e somente deverão avançar quando superado cada ponto. Por isso, as diretrizes lançadas no início do "consensus building" se mostram importantes, para que o processo avance e se evite a retomada de decisões sobre questões já consensadas.

Neste processo poderá existir a necessidade de se realizar aditivos em convenções ou acordos coletivos de trabalho, aditivos em contratos de prestação de serviço com os gestores locais, inclusive com uniformização de redação de algumas cláusulas a todos os prestadores, evitando que a diferença de redação gere entendimentos divergentes no futuro. E, ainda, como medida adicional de cautela, é recomendável que os aditivos contratuais com os gestores locais contemplem sob a forma de "considerando" todos os elementos chaves que justificaram a decisão tomada, pois isto constitui uma importante fonte de interpretação futura.

5) Manutenção das partes envolvidas em seus compromissos:

Considerado um dos papeis mais difíceis do facilitador, a manutenção das partes envolvidas em seu compromisso constitui tarefa árdua; o facilitador deverá sempre lembrar da importância dos objetivos traçados desde o início das negociações e ressaltar que o benefício a ser alcançado será o máximo possível a todas as partes envolvidas: não se pode analisar o benefício isolado de uma das partes, mas, sim, o caráter coletivo. Fazer com que as partes cumpram com os compromissos assumidos é tarefa essencial, para que um não se sinta desmotivado em razão do outro não dar cumprimento à sua parte.

É inevitável que durante o processo de negociação apareçam situações não pensadas anteriormente, questões surpresas, mas se as partes estiverem engajadas em encontrar uma solução, esta surgirá. Mas se faz importante que os envolvidos se conscientizem que pendências passadas e não relacionadas ao objeto do "consensus building" não devem ser trazidas para a negociação, sob pena de se desgastar o diálogo e não permitir a superação das divergências.

Ao alcançar a decisão por consenso se obterá, em cada município (se gestão plena) ou região (gestão semiplena) o valor exato e necessário para a implantação do piso nacional da enfermagem, inclusive com as estimativas futuras de seu aumento. Pelo fato das discussões serem realizadas em âmbito local, serão observadas as realidades ali existentes, possibilitando até mesmo a exclusão de certos benefícios convencionais em favor da categoria da enfermagem como meio de facilitar a implantação do piso salarial.

Por fim, alcançada a decisão por consenso, deverão ser firmados aditivos aos contratos de prestação de serviços (entre gestor do SUS e hospitais) ou convenções/acordos coletivos de trabalho (entre hospitais e entidades representativas).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÕES

A aprovação da Lei nº 14.434/2022 que estabelece o piso nacional da enfermagem gera a necessidade de definição, pelo Ministério da Saúde, de mecanismo de apuração e repasse de valores aos hospitais filantrópicos ou que destinem, no mínimo, 60% de seus atendimentos ao SUS, a fim de gerar a segurança jurídica necessária a todas as partes envolvidas (Brasil, 2022c).

O "consensus building" ou decisão por consenso consiste em metodologia eficaz para a implantação do piso nacional da enfermagem, pois permite a participação ativa de todos os envolvidos no processo; além disto, tendo em vista sua construção por meio de consenso entre as partes, levando em consideração a realidade local, estimula seu cumprimento voluntário e reduz os riscos de judicialização futura, o que confere maior segurança jurídica aos envolvidos.

Na elaboração do "consensus building" o Ministério Público poderá atuar como Facilitador que, semelhante ao Mediador, consistiria em terceiro imparcial que contribui para o processo de comunicação entre as partes, facilitando a compreensão e o alcance de solução que atenda ao interesse das partes envolvidas.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 97-115. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48730

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ n. 125, de 19 de novembro de 2010. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 124, de 14 de julho de 2022**. Institui o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira. Brasília, DF: Presidência da República, 2022a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc124.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 127, de 22 de dezembro de 2022**. Altera a constituição federal e o ato das disposições constitucionais transitórias para estabelecer que compete à união prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios e às entidades filantrópicas, para o cumprimento dos pisos salariais profissionais nacionais para o enfermeiro, o técnico de enfermagem, o auxiliar de enfermagem e a parteira; altera a emenda constitucional n. 109, de 15 de março de 2021, para estabelecer o superávit financeiro dos fundos públicos do Poder Executivo como fonte de recursos para o cumprimento dos pisos salariais profissionais nacionais para o enfermeiro, o técnico de enfermagem, o auxiliar de enfermagem e a parteira; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2022b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc127.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2. do art. 6. da lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Lei n. 14.434, de 04 de agosto de 2022. Altera a Lei n. 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 148, p. 3, 5 ago. 2022c. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.434-de-4-de-agosto-de-2022-420535072. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.581, de 11 de maio de 2023**. Abre ao orçamento da seguridade social da união, em favor do ministério da saúde, crédito especial no valor de R$ 7.300.000.000,00, para o fim que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2023a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14581.htm. Acesso em: 12 maio 2023.

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 97-115. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48730

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.%201%C2%BA%20As%20pessoas%20capazes,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Ministério do Trabalho e do Emprego. Secretaria de Relações do Trabalho – SRT. **Sistema de Negociações Coletivas de Trabalho:** Mediador. Brasília, DF: SRT, [2024]. Disponível em: http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/ConsultarInstColetivo#. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. **Portaria n. 597, de 12 de maio de 2023**. Homologa o processo de adesão ao programa de reestruturação e contratualização dos hospitais filantrópicos no sistema único de saúde (SUS). Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2023b. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt3123_07_12_2006.html. Acesso em: 13 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 7222**. Arts. 001 e 002 da lei n. 14434, de 04 de agosto de 2022 (promulgada no dia 05 de agosto de 2022 [...]. Requerente: Confederação Nacional de Saúde. Requeridos: Presidência da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 6 jun. 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6455667. Acesso em: 30 jun. 2023.

BREGA, Silvia Maria Costa. Mediação e sua convergência com princípios da administração pública. *In*: MOREIRA, Antonio Júdice; NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BEYRODT, Christiana; TONIN, Mauricio Morais (coord.). **Mediação e arbitragem na administração pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020. p. 383-391.

BUTTLER, C. T. Lawrance; ROTHSTEIN, Amy. **On conflict and consensus**: a handbook a formal consensus decisionmaking. publisher: food not bombs. Indianápolis: Alexander Technique International, 1991. p. 1-16. Disponível em: https://q46488.a2cdn1.secureserver.net/wp-content/uploads/2014/06/on-conflict-and-consensus.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

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

CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da análise econômica do direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 308-326, dez. 2018. DOI 10.5102/rbpp.v8i3.5676.

CNM – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. CNM vê com preocupação inconsistências em dados do ministério da saúde sobre a distribuição de recursos para o piso da enfermagem. **CNM Notícias**, Brasília, DF, 15 maio 2023. Disponível em: https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/cnm-ve-com-preocupacao-inconsistencias-em-dados-do-ministerio-da-saude-sobre-a-distribuicao-de-recursos-para-o-piso-da-enfermagem. Acesso em: 30 jun. 2023.

CONTARATO, Fabiano. Réplica: constitucionalidades e custeio do piso nacional de enfermagem. **JOTA**, São Paulo, 13 fev. 2023. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/replica-constitucionalidades-e-custeio-do-piso-nacional-da-enfermagem-13022023. Acesso em: 30 abr. 2023.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília, DF: UnB, 2004. p. 29-44. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185774/mod_resource/content/2/DEUTSCH-Morton-A%20resolu%-

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

C3%A7%C3%A3o%20do%20conflito-p29-42-Trecho%20indicado.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

HARVARD LAW SCHOOL. **What is consensus building?**: consensus building is a process involving a good-faith effort to meet the interests of all stakeholders and seek a unanimous agreement. Cambridge: Harvard Law School, [2023]. Disponível em: https://www.pon.harvard.edu/tag/consensus-building/. Acesso: 20 abr. 2023.

INNES, Judith. Consensus building: clarifications for the criticals. **Planning Theory**, London, v. 3, n. 1, p. 5-20, may 2004. Disponível em: https://escholarship.org/content/qt6mp1m8x8/qt6mp1m8x8.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

OTTONI, Marcos Vinicius. Inconstitucionalidades e custeio do piso da enfermagem: é necessário que haja garantias efetivas de custeio não só para o setor público, mas também para o privado. **JOTA**, São Paulo, 3 fev. 2023. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inconstitucionalidades-e-custeio-do-piso-da-enfermagem-03022023. Acesso em: 30 abr. 2023.

PARANÁ. Decreto n. 435, de 07 de fevereiro de 2023. Fixa os novos valores dos grupos dos pisos salariais do Estado do Paraná, válidos para 1. de janeiro de 2022, nos termos que especifica. **Diário Oficial Executivo**: Curitiba, ano 109, n. 11107, p. 1-38, 31 jan. 2023a. PL 7400/2022. Disponível em: https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=259552&indice=1&totalRegistros=137&anoSpan=2022&anoSelecionado=2022&mesSelecionado=1&isPaginado=true. Acesso em: 30 abr. 2023.

PARANÁ. Governador assina decreto que garante reajuste no salário-mínimo regional. **Agência Estadual de Notícias**, Curitiba, 7 fev. 2023b. Disponível em: https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Governador-assina-decreto-que-garante-reajuste-no-Salario-Minimo-Regional. Acesso em: 30 abr. 2023.

PICCHIAI, Djair. **Parâmetros e indicadores de dimensionamento de pessoas em hospitais**. São Paulo: FGV, 2009. p. 68. (Relatório, 25). Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13427/RELATORIO1_05_11_2009%20_2_.pdf. Acesso em: 27 mar. 2023.

POSSA, Lisiane Boer; TREPTE, Renata Flores. **Planejamento e dimensionamento da força de trabalho para os serviços pré-hospitalares fixos e hospitalares de urgência e emergência**: desenvolvimento de metodologia. 2. ed. Porto Alegre: Rede Unidade, 2018.

SHAMIR, Yona. **Alternative dispute resolution approaches and their application**. Paris: UNESCO, 2003. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/water_cooperation_2013/pdf/adr_background_paper.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 104-116.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2021. p. 219-227.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.46827

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL NAS CONSTITUIÇÕES DA ÁMERICA DO SUL A PARTIR DA PERSPECTIVA JUSCOMPARATIVA: RUMO AO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL SUL-AMERICANO

OPENING CONSTITUTIONAL CLAUSE IN THE CONSTITUTIONS OF SOUTH AMERICAN COUNTRIES FROM THE JUSCOMPARATIVE POINT OF VIEW: TOWARDS SOUTH AMERICAN MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM

Geziela Iensue

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pesquisadora-bolsista do CNPq/Fundect (MS). Professora Adjunta da Graduação em Direito e da Pós-Graduação em Segurança Pública da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: igeziela@gmail.com.

Guilherme Augusto Faria Valente

Pós-graduado em Direito Digital pelo Instituto New Law (UNIFTEC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) - Campus de Três Lagoas. E-mail: guilhermeafv@hotmail.com.

Como citar: IENSUE; Geziela; VALENTE, Guilherme Augusto Faria. Cláusula de abertura material nas constituições da América do Sul a partir da perspectiva juscomparativa: rumo ao constitucionalismo multinível sul-americano. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 116-133, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.46827. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 25/10/2022
Aceito em: 24/08/2023

Resumo: A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, § 2º, o princípio da não exaustividade ou a cláusula de abertura aos direitos humanos fundamentais, ou seja, os direitos nela previstos não excluem outros decorrentes do regime e princípios nela previstos e de instrumentos internacionais celebrados pelo Brasil (1988). O presente artigo busca analisar sob um ponto de vista estrutural-comparativo como as constituições sul-americanas qualificam a abertura aos direitos humanos, em termos de amplitude, alcance e *status* normativo, de modo a contribuir à discussão sobre o tema. Para tanto, se apresenta uma panorâmica das principais Constituições sul-americanas no que tange às suas respectivas cláusulas de abertura aos direitos humanos fundamentais, com destaque à positivação ou a sua ausência, ao *status* hierárquico e à exigência de procedimento legislativo próprio voltado à recepção constitucional. No que diz respeito à metodologia utilizada trata-se de uma abordagem quantitativa e qualitativa; de pesquisa básica, quanto à natureza; exploratória e descritiva, quanto aos objetivos; bibliográfica e documental, quanto aos procedimentos. Por fim, conclui-se que o dinamismo da abertura constitucional aos direitos humanos fundamentais, vale dizer, o diálogo entre a ordem interna e internacional nessa seara, permitirá a construção de um constitucionalismo multinível sul-americano.

Palavras-chave: constituições Sul-Americanas; cláusula de abertura material; direitos humanos fundamentais; constitucionalismo multinível.

Abstract: The 1988 Federal Constitution provides in its article 5, § 2, the principle of non-exhaustiveness or the opening clause to fundamental human rights, that is, the rights provided for therein do not exclude others arising from the regime and principles provided for therein and international instruments celebrated by Brazil. This article seeks to analyze from a structural-comparative point of view how the South American constitutions qualify the opening to human rights, in terms of breadth, scope and normative status, in order to contribute to the discussion on the subject. In order to do so, an overview of the main South American Constitutions presented regarding their respective opening clauses to fundamental human rights, with emphasis on the positivization or absence thereof, the hierarchical status and the requirement of its own legislative procedure aimed at constitutional reception. . With regard to the methodology used, it is a quantitative and qualitative approach; of basic research, in terms of nature; exploratory and descriptive, regarding the objectives; bibliographic and documentary, regarding the procedures. Finally, concluded that the dynamism of the constitutional opening to fundamental human rights, that is, the dialogue between the internal and international order in this area, will allow the construction of a South American multilevel constitutionalism.

Keywords: South American constitutions; opening constitutional clause; fundamental rights; human rights; multilevel constitutionalism.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Em meio às distintas maneiras de se esboçar os direitos humanos está a compreensão que a condição de ser humano implica à proteção da sua dignidade, seja sob o viés do direito interno ou a partir do enfoque do direito internacional, cujos âmbitos estão em constante sinergia. Assim, os instrumentos jurídicos internacionais assumem uma inter-relação com os ordenamentos jurídicos internos, os quais tendem a especificar o procedimento de recepção e aplicabilidade dos direitos humanos, à medida dessa interação.

Nesse contexto, destacam-se no ordenamento jurídico brasileiro os Tratados que versam sobre os direitos humanos, haja vista que instauram um diálogo entre a ordem jurídica interna e a ordem internacional a partir de um viés constitucional cooperativo. Ademais, ressalta-se o § 2º. do artigo 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[1], que positiva a cláusula de abertura material ou de não-tipicidade ou não-taxatividade dos direitos fundamentais, consagrando a existência de direitos que em razão da sua substância, possam ser deduzidos de todo o texto constitucional ou de instrumentos jurídicos internacionais sobre direitos humanos que o Brasil seja signatário (Brasil, 1988).

O presente artigo procura investigar comparativamente acerca dos aspectos atinentes as relações entre o direito internacional e o direito interno, no tocante à abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionalmente consagrados, à luz da investigação quanto à presença ou ausência da denominada "cláusula de abertura material" ou cláusula de "não-tipicidade" no âmbito das Constituições dos países sul-americanos,[2] com vistas a identificar as confluências, as diferenças e as influências recíprocas, de modo crítico-reflexivo.

A análise se justifica tendo em vista a existência de inúmeros estudos juscomparativos centrados nas ordens jurídicas do Norte Global, em especial, dos países da Europa Ocidental e dos Estados Unidos da América, em detrimento à carência de análises das ordens constitucionais dos países sul-americanos, os quais, inclusive, guardam maior similitude, em termos de aspectos socioeconômicos, políticos, culturais e jurídicos, com o Brasil.

Para tanto, apresenta um breve panorama estrutural-comparativo das Constituições dos países da América do Sul, com o objetivo de identificar a presença das cláusulas de abertura material nos respectivos textos constitucionais.

Ademais, analisa a "cláusula de abertura material" positivada no Art. 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Brasil, 1988) em face aos demais ordenamentos constitucionais sul-americanos, que porventura também a contemplem. Pretende ainda, investigar qual o tratamento dispensado pelos diferentes textos constitucionais dos países sul-americanos no tocante ao status hierárquico dos tratados de direitos humanos, bem como como se encontra disposto em cada texto constitucional sul-americano em paralelo ao Art. 5º, § 3º da CRFB/88[3].

Procura-se ao final, com vistas a melhor compreender o dinamismo da abertura constitucional aos direitos humanos fundamentais, o necessário delinear dos contornos de um novo espaço jurídico constitucional conformado rumo à construção de um constitucionalismo multinível sul-americano. A metodologia utilizada é a qualitativa quanto à abordagem; básica quanto à natureza, exploratória/descritiva quanto aos objetivos, e documental e bibliográfica quanto aos procedimentos. Quanto aos métodos o estudo se vale do método estrutural-comparativo.

1 Cf. Art. 5, § 2º. "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (Brasil, 1988).

2 Foram contemplados todos os países da América do Sul, a saber, Argentina, Brasil, Chile, Equador, Peu, Uruguai, Paraguai, Bolívia, Colômbia, Venezuela, Suriname, e Guiana, com exceção da Guiana Francesa, haja vista seu *status* de território ultramarino francês e a ausência de Constituição própria.

3 Cf. Art. 5, § 3º "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" (Brasil,1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

1 CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE ABERTURA MATERIAL E A INTERNALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

No Brasil, a cláusula de abertura material ou de não-tipicidade encontra-se prevista no artigo 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[4], e estabelece que os direitos e garantias expressos nessa constituição, não excluem outros decorrentes do regime, princípios e de tratados internacionais dos quais o país seja signatário (Brasil, 1988). Logo, o referido dispositivo possibilita a ampliação do catálogo de direitos fundamentais materiais para além daqueles localizados no Título II da Constituição Federal, assim como reconhece um bloco de constitucionalidade amplo, que abarca os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, a previsão do § 2º vincula-se ao preceito no § 3º, do artigo 5º da CRFB/88, introduzido pela EC n. 45/2004 ao dispor que, "[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" [5] (Brasil, 1988). Assim, em face da referida abertura constitucional não mais exige monopólio na legislação e interpretação: ele se abre - de forma escalonada - a procedimentos internacionais ou de Direito Internacional de legislação, e a processos de interpretação (Häberle, 2007, p. 61).

O que notabiliza um diálogo entre o Direito interno e a ordem jurídica internacional delineando-se o chamado Estado Constitucional Cooperativo[6], vez que expande a aplicabilidade do direito internacional sobre o âmbito interno, o que possibilita uma atualização da ordem jurídica interna em face às novas demandas históricas e jurídicas.

Nesse contexto, insta salientar que a abertura das normas constitucionais é conceito diferente da abertura da Constituição. Ademais, conforme José Gomes Canotilho evidencia a tarefa de estabelecer as normas constitucionais abertas não se reduz a esquemas fixos e totalizantes. Como tendência, assinala-se a abertura das normas constitucionais em assuntos: (*i*) sobre os quais há um consenso geral; (*ii*) em relação aos quais é necessário criar um espaço de conformação política; (*iii*) em relação aos quais podem ser justificadas medidas corretivas ou adaptadoras (Canotilho, 1993, p. 188-189).

A cláusula de abertura constitucional material funciona dentro do conceito de Estado Constitucional Cooperativo como um instrumento representativo de receptibilidade e abertura positiva, podendo se confundir com o próprio conceito de Estado Constitucional Cooperativo.

Conforme expõe Peter Häberle (2007, p. 70) é próprio do Estado Constitucional Cooperativo a abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno e no acento da abertura global dos direitos humanos em uma realização cooperativa. No particular, evidencia-se por oportuno, a relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, como se notabiliza na ordem constitucional brasileira de 1988, ao adotar em seu texto ambas as expressões. No disposto artigo 5º, § 2º emprega a expressão "direitos e garantias fundamentais" [7] (Brasil, 1988) ao tratar sobre a cláusula de abertura, por outro lado, em seu § 3º ao se referir aos Tratados Internacionais utiliza a expressão "direitos humanos"[8].

Do ponto de vista técnico-jurídico as expressões se diferenciam no tocante ao acento de positivação. Assim, os denominados "direitos fundamentais" designam

4 Cf. Art. 5, § 2º "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (Brasil,1988).

5 Cf. Art. 5, § 3º "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" (Brasil,1988).

6 Ensina Peter Häberle que o Estado Constitucional Cooperativo "[...] é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz" (Häberle, 2007, p. 4).

7 Cf. Art. 5, § 2º "Os *direitos e garantias* expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (Brasil,1988).

8 Cf. Art. 5, § 3º "Os tratados e convenções internacionais sobre *direitos humanos* que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" (Brasil, 1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

àqueles direitos positivados a nível interno, já os chamados "direitos humanos" referem-se àqueles direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, bem como às exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade humanas que não tenham alcançado um estatuto jurídico-positivo (Pérez Luño, 2004, p. 46).

Nesse contexto, cabe mencionar ainda a caracterização do desdobramento dos direitos fundamentais em materiais e formais, os primeiros – os direitos materialmente fundamentais – apresentariam as notas da fundamentalidade – os outros evidentemente, não, por mais relevantes que sejam. No primeiro caso, exemplificativamente, está o direito à vida (art. 5º, *caput* da Constituição brasileira), indiscutível direito material fundamental. De outra feita, o direito a certidões (inciso XXXIV, "*b*") a despeito da sua importância, constitui um típico direito formalmente fundamental (Ferreira Filho, 2007, p. 4).

No tocante ao disposto na redação do artigo 5º, § 2º da CRFB/88, vislumbra-se duas (02) espécies de direitos fundamentais a serem identificadas no bojo da cláusula de abertura constitucional brasileira. São eles, os direitos formal e materialmente fundamentais, ainda que implícitos; e os direitos materialmente fundamentais, equivalentes àqueles não sediados no texto constitucional (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2018, p. 343).

Assim, a maioria da doutrina brasileira sustenta que existem três (03) modalidades de direitos fundamentais no texto Carta Magna. Ou seja, há os direitos e garantias expressos na própria Constituição, a exemplo dos presentes nos incisos I ao LXXVIII do artigo 5º, e outros fora do rol de direitos mas inseridos na Constituição, tais como a garantia da anterioridade tributária (Art. 150, III, b da CRFB/88); há ainda, os direitos e garantias implícitos subentendidos nas regras de garantias e os decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados; e por fim, existem os direitos e garantias positivados em instrumentos internacionais cujo Brasil tenha aderido (Ferreira Filho, 2007, p. 95).

Em uma perspectiva histórica, as Constituições brasileiras aderiram em sua maioria há abertura constitucional nos moldes do que preconiza a norma prevista na CRFB/88. A 9º Emenda da Constituição do Estados Unidos da América, datada de 1791, conhecida como a primeira a fazer referência aos direitos implícitos, compreende que "[...] a enumeração de certos direitos na constituição não será interpretada de modo que se neguem ou restrinjam outros retidos pelo povo", tal dispositivo serviu de inspiração à norma constitucional brasileira de reconhecimento a direitos implícitos (Ferreira Filho, 2007; Sarlet, 2011, p. 342).

De igual modo, cita-se o artigo 16, 1º, da Constituição da República Portuguesa de 1976, ao estabelecer que "[...] os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional" (Portugal, 1976, art. 16).

Resta evidente que a primeira parte do dispositivo, isto é, "[...] os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem", diz respeito aos direitos fundamentais formais, e a segunda parte, ou seja, "[...] quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, se refere aos direitos fundamentais em sentido material (Cunha, 2000, p. 260).

No que se refere à norma prevista no artigo 5º, § 3º da CRFB/88 aduz-se que à sua inclusão ao texto constitucional brasileiro ocorreu por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 8 de dezembro de 2004 resultado da PEC 29/2000 no âmbito da reforma do Poder Judiciário.

Com a finalidade de pacificar o entendimento acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio, cuja redação é inclusive análoga ao disposto no artigo 60, § 2º da CRFB/88 (Brasil, 1988, art. 60)[9], o qual diz respeito à aprovação de proposta de emenda à Constituição. Evidencia-se o caráter procedimental do dispositivo em sintonia com a interpretação do artigo 5º, § 2º, tendo em vista a distinção entre direitos huma-

9 Cf. Art. 60, § 2º "A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros" (Brasil,1988).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

nos e direitos fundamentais em cada plano de reconhecimento (Sarlet, 2011, p. 327-328).

Por sua vez, o § 3º do artigo 5º da CRFB/88 foi objeto de intensa discussão pela doutrina nacional o que implicou distintas visões doutrinárias sobre o impacto do rito especial na hierarquia dos tratados de direitos humanos[10].

Dentre as várias interpretações correntes, a Suprema Corte Brasileira no julgamento do *leading case* RE 466.343[11] (Brasil, 1988), optou por aderir à teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, vale dizer, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, gozam de natureza constitucional e todos os demais dispõem de natureza supralegal, isto é, estão abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.

Destarte, inclusive, os tratados internacionais de direitos humanos anteriormente ratificados que não tenham sido aprovados pelo procedimento estatuído pelo novo § 3º, a despeito do teor literal dos §§ 1º e 2º do Art. 5º da CRFB/88 (Brasil, 1988).

Até então, o entendimento dominante no STF era no sentido da paridade hierárquico-normativa dos instrumentos internacionais com a legislação infraconstitucional, com base nos artigos 102, inciso III, alínea "*b*" e 105, inciso III, alínea "*a*", ambos da CRFB/1988 (Sgarbossa; Jensen, 2010, p. 1).

Por conseguinte, o artigo 5º, § 3º ensejou revisão do posicionamento da Suprema Corte sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil. Com vistas a solucionar eventuais incompatibilidades entre a ordem interna e a ordem internacional optou por um critério hierárquico que forçosamente culmina na solução de maneira apriorística e desvinculada da análise do caso concreto, conduzindo à divisão hierárquica *a priori* de prevalência entre normas.

Por sua vez, o posicionamento da Suprema Corte Brasileira segue o que em regra se adota no tocante ao conflito de regras entre as normas internas e as internacionais, ou seja, segue-se os clássicos critérios de solução de antinomias e o supracitado critério normativo hierárquico (Sgarbossa; Jensen, 2010, p. 1). No particular, aduz-se ainda que a doutrina brasileira majoritária endossa a tese do monismo jurídico com primazia do direito internacional (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2018, p. 221).

Registra-se que o artigo 79, §§ 1º e 2º da Lei Fundamental alemã serviu de inspiração ao legislador constitucional brasileiro. O referido dispositivo estabelece que os Tratados Internacionais, sobretudo os relativos à paz, podem complementar a Constituição, desde que emendada por lei e aprovada por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal (Mazzuoli, 2005).

Evidenciar-se que a Lei Fundamental alemã não dispõe expressamente "aos tratados sobre direitos humanos" como consta no texto constitucional brasileiro (Mazzuoli, 2005, p. 96). Ressalta-se, por oportuno, que os Tratados que não seguem o rito procedimental referido, gozam de *status* de norma supralegal, vale dizer, estão acima das normas infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição[12].

Nota-se a tônica de rompimento com a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos. Posto que, cria "categorias" jurídicas entre os instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, ao distinguir o tratamento para as normas internacionais a despeito de guardarem mesmo fundamento ético e igual fundamento de validade (Mazzuoli, 2005, p. 101).

Nesse sentido, a ordem constitucional brasileira opta por um sistema misto disciplinador, "[...] que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferencia-

10 Resumidamente, citam-se quatro posições: i) *status* supraconstitucional, em face de sua origem internacional; ii) *status* constitucional; iii) status de lei ordinária federal (majoritária no STF, de 1988 a 2008); iv) *status* supralegal (acima da lei e abaixo da Constituição) (Brasil, 1988).

11 No julgamento do RE 466.343, atinente à prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos dos Ministros sustentou novo status normativo para os tratados internacionais de direitos humanos. A nova posição prevalecente no STF foi conduzida pelo Ministro Gilmar Mendes que, resgatando a visão anterior de Sepúlveda Pertence em seu voto no HC 79.785/RJ, sustentou a natureza supralegal dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, da CF/88 (Brasil, 1988).

12 Conforme posicionamento firmado no *leading case* Recurso Extraordinário (REx) nº 466.343/SP pelo Supremo Tribunal Federal (STF), bem como no julgamento do *Habeas Corpus* n. 87.585-8/TO (Brasil, 2008a, 2008b).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

dos: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais" (Piovesan, 2016, p. 124-127). Como visto, a doutrina pátria elenca quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos, que correspondem desde a hierarquia supraconstitucional de tais tratados, a hierarquia constitucional, a hierarquia infraconstitucional (mas supralegal) e a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Por fim, em uma perspectiva subnacional ou estadual, algumas das Constituições das unidades federativas brasileiras também tendem a contemplar uma cláusula de abertura material em seu texto. Constituem exemplos as ordens constitucionais dos Estados do Amazonas (1989, art. 3)[13], de Minas Gerais (1989, art. 4)[14], de Mato Grosso (1989, art. 10)[15], do Pará (1989, art. 5), da Paraíba (1989, art. 3)[16], do Piauí (1989, art. 5)[17], do Rio Grande do Norte (1989, art. 3)[18] e de Sergipe (1989, art. 3)[19].

Destaca-se que tais dispositivos estaduais apresentam uma relação com o ordenamento constitucional federal, por sua vez se caracteriza como uma norma de reenvio formal, ou seja, estabelecem uma conexão entre as ordens constitucionais sendo repetidas em diversos textos constitucionais estaduais com maiores ou menores variações daquilo que prevê artigo 5º, § 2º da CRFB/88 (Brasil, 1988).

O diferencial fica a cargo das Constituições de Mato Grosso (1989, art. 10) e Paraíba (1989, art. 3) que propõem uma hipótese de conexão não apenas com a ordem constitucional nacional (federal), mas também com a ordem jurídica supranacional (internacional), ou seja, estabelece uma conexão multinível normativa.

Consigne-se ainda sobre o tema das cláusulas de reenvio e/ou de abertura estaduais, que várias constituições estaduais contemplam disposições garantidoras da eficácia dos direitos fundamentais, *v.g.*, a Constituição do Estado da Paraíba, em seu artigo 3º, §1º[20], ao dispor sobre a destituição do mandato administrativo, cargo ou função de direção da administração direta ou indireta de agente público que, injustificadamente e por mais de 90 dias a contar do requerimento do interessado, deixa de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional[21] (Sampaio, 2019).

2 CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL NAS CONSTITUIÇÕES SUL-AMERICANAS SOB A ÓTICA JUSCOMPARATIVA

Com vistas a apresentar uma panorâmica do tratamento sobre os dispositivos vinculados à abertura material nas Constituições sul-americanas, empreende-se inicialmente uma breve análise histórica e estrutural[22] comparativa dos textos constitucionais sul-americanos, seguida de uma identificação das cláusulas de abertura material e da análise do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos impingidos pelas respectivas ordens constitucionais.

A Constituição Uruguaia (*Constitución de la República Oriental del Uruguay*) é a mais antiga dentre as Constituições sul-americanas, sendo datada sua origem

13 Cf. Art. 3º. "O Estado, nos limites de sua competência, assegura, em seu território, a brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição da República" (Amazonas, 1989).

14 Cf. Art. 4º. "O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País" (Minas Gerais, 1989).

15 Cf. Art. 10. "O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos seguintes: [...]" (Mato Grosso, 1989).

16 Cf. "Art. 3º. "O Estado assegura, nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece a brasileiros e estrangeiros" (Paraíba, 1989).

17 Cf. Art. 5º. "O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país" (Piauí, 1989).

18 Cf. Art. 3º. "O Estado assegura, nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece a brasileiros e estrangeiros" (Rio Grande do Norte, 1989).

19 Cf. Art. 3º. "O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes: [...]" (Sergipe, 1989).

20 Cf. Art. 3º "[...] § 1º Incide na penalidade de destituição de mandato administrativo, de cargo ou função de direção, em órgão da administração direta ou indireta, o agente público que, dentro de noventa dias do requerimento do interessado, deixar, injustificadamente, de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional" (Paraíba, 1989).

21 Referido dispositivo se revela particularmente interessante não somente por constituir um mecanismo sem paralelo na ordem constitucional federal – garantia de eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais, mas também por constituir exceção à regra do controle de constitucionalidade atual.

22 Em uma análise estrutural serão apresentadas as seguintes informações: data de promulgação, números de títulos e número de artigos. Tal exame teve como objetivo trazer uma breve percepção geral acerca de como cada Constituição é composta em sua estrutura textual e o contexto temporal que estão inseridas.

ISSN 1980-551X

no século XIX, mais em específico no dia 28.06.1830, a qual sofreu diversas reformas ao longo de sua história, sendo a mais significativa a reforma de 1967 que alterou praticamente na integralidade o texto constitucional, a qual posteriormente foi reformada em 1997 e possui atualmente 19 títulos e 332 artigos.

A Constituição da Argentina (*Constitución de La Nación Argentina*) segue a mesma linha da Constituição uruguaia, sendo promulgada em 01.05.1853, sofrendo reformas nos anos de 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 e a mais recente em 1994, possuindo 5 títulos e 129 artigos. Em sequência, tem se na década de 1980, a promulgação de quatro Constituições, são elas: a Constituição da Guiana (*Constitution of co-operative Republic of Guyana*) datada de 20.02.1980, atualmente com 10 títulos e 232 artigos, a Constituição do Chile (*Constitución Política de la República de Chile*) promulgada em 21.10.1980, a qual possui 15 títulos e 129 artigos, a Constituição do Suriname (*The Constitution Of The Republic Of Suriname*) promulgada em 30.09.1987, possui 29 títulos e 186 artigos e a Constituição do Brasil (Constituição da República Federativa do Brasil) promulgada em 05.10.1988 e que consta com 10 títulos e 250 artigos.

Seguidas da promulgação de mais quatro Constituições sul-americanas, nos anos de 1990, quais sejam: Constituição da Colômbia (*Constitución Política de Colombia*) promulgada em 07.07.1991, atualmente com 13 títulos e com 380 artigos, a Constituição do Paraguai (*Constitución de la República de Paraguay*) promulgada em 20.06.1992, a qual possui 5 títulos e 291 artigos, a Constituição do Peru (*Constitución Política del Peru*) promulgada em 29.12.1993, atualmente com 6 títulos e 206 artigos e a Constituição da Venezuela (*Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*) promulgada em 15.12.1999, a qual consta hoje com 9 títulos e 350 artigos.

E, as mais recentes com promulgação durante a primeira década dos anos 2000, as Constituições do Equador e da Bolívia. A Constituição do Equador (*Constitución de la República del Ecuador*) com promulgação na data de 28.09.2008, contendo 9 títulos e 444 artigos, e a Constituição da Bolívia (*Constitución Política del Estado*), a qual foi promulgada em 09.02.2009, é mais nova dentre todas as Constituições, possuindo 17 títulos e 411 artigos.

Das 12 (doze) Constituições em evidência, foram identificados em 6 (seis) delas dispositivos referentes à abertura constitucional para os tratados ou convenções internacionais. As Constituições da Argentina, Colômbia, Equador, Guiana e Venezuela fazem parte dessa lista de países, juntamente com a Constituição brasileira. Quanto à previsão do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos, há previsão nas ordens constitucionais da Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador, Paraguai e Venezuela, além do Brasil.

Na Carta Política Argentina, o artigo 75, inciso (22), elenca um rol de tratados e convenções internacionais que gozam de hierarquia constitucional, não sendo permitido a revogação dos dispositivos constitucionais em decorrência desses, devendo serem entendidos como complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos[23] (Argentina, 1853).

Ademais preceitua que os outros Tratados e Convenções sobre direitos humanos após a aprovação do Congresso, exigirão o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para usufruir da hierarquia constitucional[24]. O mencionado dispositivo, impõe ainda em seu inciso (23)[25] ao Congresso, o dever de legislar em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos, especialmente àquelas protetivas as crianças, mulheres, idosos e portadores de deficiência.

23 [...] Cf. Art.75 (22), tem-se na ordem constitucional argentina uma abertura aos Tratados estabelecida em rol exemplificativo, consistente em 10 (dez) Instrumentos internacionais com *status* constitucional, são eles: a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; b) Declaração Universal dos Direitos Humanos; c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos; d) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Opcional; f) Convenção para Prevenir e Punir o Crime de Genocídio; g) Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; h) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; i) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; j) Convenção sobre os Direitos da Criança (Argentina, 1853).

24 Cf. art. 75, (22). “Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, depois de aprovados pelo Congresso, exigirão o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Casa para gozar da hierarquia constitucional” (Argentina, 1853, tradução nossa).

25 Cf. art. 75, (23). “Legislar e promover medidas de ação positiva que garantam a real igualdade de oportunidades e tratamento, e o pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos por esta Constituição e pelos tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos, particularmente no que diz respeito a crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiências (Argentina, 1853, tradução nossa).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A Constituição da Colômbia (1991) estabelece a abertura constitucional material ao dispor no artigo 94[26], que os direitos e garantias nela contidos, assim como os consagrados nas Convenções internacionais vigentes, não implicam negação a outros direitos e garantias cuja inerência à pessoa humana não estejam expressamente previstos. Tal dispositivo inclusive é similar ao artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Brasileira de 1988.

Destaca-se ainda o artigo 93[27] do texto constitucional colombiano ao versar que os Tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Congresso estão acobertados quanto à sua limitação em circunstâncias de estado de exceção, devendo inclusive os direitos e garantias internos receberem interpretação consentânea com os referidos Instrumentos internacionais.

A Constituição do Equador de modo análogo à ordem constitucional brasileira prevê a cláusula de abertura constitucional material em seu artigo 11, inciso (7)[28], ao reconhecer que os direitos e garantias positivados na Constituição e nos Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos, não excluem outros direitos derivados da dignidade das pessoas, comunidades, povos e nacionalidades necessárias ao seu pleno desenvolvimento.

Observa-se ainda, que o artigo 417 da Carta equatoriana, preceitua no tocante à interpretação das normas internacionais de direitos humanos a aplicação do princípio da dignidade humana, a não-restrição de direitos, a aplicabilidade direta e a cláusula aberta constitucional material[29] (Equador, 2008).

No que se refere ao *status* normativo perante a ordem interna, a Constituição do Equador no artigo 424, preconiza que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país que reconhecerem direitos mais favoráveis aos previstos constitucionalmente prevalecerão sobre qualquer outra norma legal ou ato de poder público (Equador, 2008, tradução nossa). Há claramente a opção constitucional pelo princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas[30] (Equador, 2008, tradução nossa). Por sua vez, a artigo 425 estabelece que os tratados internacionais dispõem de hierarquia supralegal[31] (Equador, 2008, art. 425, tradução nossa).

A Carta Magna da Guiana nos moldes da Constituição argentina apresenta um catálogo dos instrumentos internacionais considerados fontes de direitos e garantias fundamentais, não obstante a ausência de atribuição quanto à natureza hierárquica[32] (Guiana, 1980). O artigo 154(A), itens 1, 3, 5 e 6, prevê expressamente a abertura constitucional material e o dever de não revogação[33] semelhante ao modelo brasileiro (Guiana, 1980).

26 Cf. art. 94. *"La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"* (Colômbia, 1991).

27 Cf. art. 93. *"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"* (Colômbia, 1991).

28 Cf. "[...]. Art. 11 (7). *"El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento"* (Equador, 2008).

29 Art. 417. *"Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pró ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución"* (Equador, 2008).

30 Art. 424. *"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos* más *favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público*" (Equador, 2008).

31 Art. 425. *"El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados*" (Equador, 2008).

32 Cf. Art. 222O "(1). *Convention on the Rights of the Child. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Convention against Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Covenant on Civil and Political Rights. Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women" (Guiana, 1980).*

33 Cf. 154 A. "(1) *Subject to paragraphs (3) and (6), every person, as contemplated by the respective international treaties set out in the Fourth Schedule to which Guyana has acceded is entitled to the human rights enshrined in the said international treaties, and such rights shall be respected and upheld by the executive, legislature, judiciary and all organs and agencies of Government and, where applicable to them, by all natural and legal persons and shall be enforceable in the manner hereinafter prescribed. (3) The State shall, having regard to the sociocultural level of development of the society, take reasonable legislative and other measures within its available resources to achieve the progressive realisation of the rights provided for in paragraph (1). (5) Nothing contained in this article shall be construed to abrogate any human right, not enumerated herein, which a person had at the time of the commencement of this. Article. (6) The State may divest itself or otherwise limit the extent of its obligation under any of the treaties listed in the Fourth Schedule, if two-thirds of the elected members of the National Assembly have voted in favour of such divestment or limitation" (*Guiana, 1980).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Cabe mencionar que a Constituição da Guiana ao indicar que o Estado pode limitar a extensão de sua obrigação frente aos tratados elencados no rol chamado de *Fourth Schedule* (Guiana, 1980, art. 122, tradução nossa) – desde que dois terços dos membros eleitos da Assembleia Nacional tenham votado a favor de tal desinvestimento ou limitação – apresenta uma restrição por assim dizer, inusitada, em face às demais constituições sul-americanas (Guiana, 2008, tradução nossa)[34].

Ao considerar questões de ordem orçamentária e desenvolvimento social, dispõe a possibilidade de adoção de medidas legislativas e outras razoáveis com vistas à concreção progressiva dos direitos humanos neles previstos[35]. O dispositivo em comento assume um caráter dúplice vez que preconiza a abertura constitucional aos direitos humanos, todavia, impõe uma possível limitação quanto à sua concreção.

A Constituição da Guiana, na esteira de outras ordens constitucionais dispõe ainda em seu artigo 39, parágrafo 2[36], que a interpretação dos direitos fundamentais deverá respeitar o estabelecido nos Tratados e Convenções internacionais (Guiana, 2008, tradução nossa).

A Constituição venezuelana estabelece a cláusula de abertura material de modo semelhante ao disposto nas constituições brasileira, colombiana, equatoriana e a guianense. O artigo 22, prevê que os direitos e garantias nela assegurados, assim como àqueles salvaguardados pelos instrumentos internacionais de direitos humanos devem ser interpretados em conformidade com os outros direitos inerentes ao ser humano ainda não previstos expressamente (Venezuela, 1999).

O texto constitucional da Venezuela também alude em seu artigo 23[37] que os Tratados, Convênios e Convenções referentes aos direitos humanos, assinados e ratificados pelo país, têm hierarquia constitucional e são prevalentes à ordem interna (Venezuela, 1999, tradução nossa). Na medida em que contenham regras sobre seu gozo e exercício mais favorável aos estabelecidos constitucionalmente tendo aplicação imediata e direta pelos Tribunais e demais órgãos do Poder Público[38] (Venezuela, 1999, tradução nossa).

Frisa-se, por sua vez, que a Constituição venezuelana preconiza com base nos princípios da primazia das normas mais favorável e da prevalência dos direitos humanos, a aplicação imediata e a natureza de norma constitucional às normas de direitos humanos positivadas nos instrumentos internacionais[39] (Venezuela, 1999, tradução nossa). Portanto, dispensa a exigência de aprovação por rito especial de recepção, diferentemente por exemplo, das ordens constitucionais argentinas[40] (Argentina, 1853) e brasileira[41] (Brasil, 1988).

A Constituição da República Plurinacional da Bolívia não traz expressamente em seu bojo a cláusula de abertura constitucional. Todavia, o artigo 13, inciso III, estabelece que os direitos nela previstos não dispõem de grau hierárquico ou superioridade em relação a outros[42] (Bolívia, 2009, tradução nossa). Além disso, reconhece que os Tratados e as Convenções de direitos humanos ratificados pela

34 Cf. Art. 154-A "(6) *The State may divest itself or otherwise limit the extent of its obligation under any of the treaties listed in the Fourth Schedule, provided that two-thirds of the elected members of the National Assembly have voted in favour of such divestment or limitation"* (Guiana, 1980).

35 (3) "*The State shall, having regard to the sociocultural level of development of the society, take reasonable legislative and other measures within its available resources to achieve the progressive realisation of the rights provided for in* paragraph (1)" (Guiana, 1980).

36 Cf. Art. 39. (2). "*In the interpretation of the fundamental rights provisions in this Constitution a court shall pay due regard to international law, international conventions, covenants and charters bearing on human rights".* (Guiana, 1980).

37 Art. 23. "*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio* más *favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás* órganos *del Poder Público"* (Venezuela, 1999).

38 Cf. Art. 24. "*Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea"* (Venezuela, 1999).

39 Cf. Art.23. "*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio* más *favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás* órganos *del Poder Público" (*Venezuela, 1999).

40 Cf. art.75, inc. 22 (Argentina, 1853).

41 Cf. art.5º, § 3º (Brasil, 1988).

42 Art. 13, inciso III. "*La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros"* (Bolívia, 2009).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Assembleia Legislativa Plurinacional possuem prevalência na ordem interna[43] (Bolívia, 2009, tradução nossa). Ademais, é proibida a sua restrição em situações emergenciais e de estado de exceção. As normas internas devem ser interpretadas em conformidade com o que dispõem os instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pela Bolívia (2009).

O artigo 256, inciso I, da Constituição boliviana dispõe ainda, que os tratados de direitos humanos que declaram direitos mais favoráveis aos constantes do texto constitucional, desde que ratificados pela Bolívia, gozam de preferência aos assegurados constitucionalmente na esteira do princípio da primazia da norma mais favorável[44] (Bolívia, 2009). Por sua vez, a artigo 410, incisos I e II, §§ 1, 2, 3 e 4, estabelecem que o bloco de constitucionalidade é formado por Tratados e Acordos internacionais sobre direitos humanos e pelas normas do Direito Comunitário desde que tenham sido ratificadas pelo país[45] (Bolívia, 2009, tradução nossa).

Acompanhando a redação da Constituição Política do Estado boliviano, a Constituição da República do Paraguai também não dispõe de cláusula expressa de abertura constitucional. Entretanto, o artigo 137[46], indica que os instrumentos internacionais internalizados, assim como as leis infraconstitucionais sancionadas em conformidade com a ordem constitucional, integram a "*lei positiva nacional na ordem de prioridade estabelecida*" (Paraguai, 1992, tradução nossa). Além disso, o texto constitucional paraguaio impõe que, quem tentar subverter dita ordem incorrerá em crimes tipificados e puníveis por lei[47]. Referido dispositivo também se revela destoante do consagrado pelas demais Constituições Sul-Americanas.

Por fim, cabe aduzir que a Constituição Política da República do Chile (1980), a Constituição Política do Peru (1993), a Constituição da República do Suriname (1987) e a Constituição da República Oriental do Uruguai (1830) são silentes no tocante à previsão da cláusula de abertura constitucional, e quanto à hierarquia normativa dos instrumentos internacionais de direitos humanos em suas respectivas ordens normativas constitucionais.

3 HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA PESPECTIVA COMPARATIVA: RUMO AO NOVO ESPAÇO JURÍDICO MULTINÍVEL SUL-AMERICANO.

Tendo como parâmetro de comparação e fio condutor para análise ora em tela a cláusula de abertura material, inscrita no artigo 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[48] (Brasil, 1988), procura-se aqui destacar o seu caráter oscilante e controvertido, ora amplo, ora restritivo, em face à maioria dos textos constitucionais sul-americanos.

Ao que se refere ao *status* hierárquico dos tratados internacionais perante ao ordenamento interno, cabe sublinhar que se busca aqui enfatizar, em especial, àquelas ordens constitucionais sul-americanas que destoam do previsto no parágrafo 3º, artigo 5º da Carta Constitucional brasileira de 1988[49] (Brasil, 1988).

Notadamente, no que diz respeito à identificação da ausência ou não exigibilidade de procedimento legislativo próprio para recepção das normas de direitos humanos advindas da esfera internacional com vistas ao *status* ou aplicação consti-

43 Art. 13, inciso IV. "*Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia*" (Bolívia, 2009).

44 Artículo 256. I. "*Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos* más *favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre* ésta. *II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando* éstos *prevean normas más favorables*" (Bolívia, 2009).

45 Art. 410. II. "*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país [...]*" (Bolívia, 2009).

46 Art. 137. "*La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia,* integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado" (Paraguai, 1992).

47 Art. 137. "*[...] Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley*" (Paraguai, 1992).

48 Art.5º., § 2º. "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (Brasil, 1988).

49 Art.5º., § 3º. "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" (Brasil, 1988).

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

tucional equivalente. Em cotejo ao que a ordem constitucional argentina estabelece quanto à cláusula de abertura material, nota-se semelhança com o texto constitucional brasileiro quanto à exigência de um quórum qualificado para adesão aos novos direitos humanos resultantes dos tratados internacionais.

A Carta Maior da Argentina dispõe expressamente no artigo 75, inciso (22), *in fine*, a exigência para aprovação de dois terços da totalidade de cada Câmara[50] (Argentina, 1853). Por sua vez, bastante similar ao quórum qualificado de três quintos dos votos (3/5) dos respectivos membros de cada casa do Congresso Nacional em dois turnos, exigido pelo artigo 5º, parágrafo 3º da CRFB/1988 (Brasil, 1988).

Não obstante, cabe enfatizar que a Constituição da Argentina diferentemente da Carta Magna brasileira, traz em seu bojo a positivação de um catálogo de instrumentos internacionais que gozam de hierarquia constitucional perante à sua ordem interna (Argentina, 1994, art. 75, inciso 22).[51] Por ora, há nove tratados internacionais de direitos humanos com hierarquia constitucional.

Nesse sentido, vale mencionar a Constituição da Guiana que de modo análogo explícita no artigo 154-A, parágrafos (1), (3) e (6)[52] os instrumentos internacionais por ela aderidos, o chamado de *Fourth Schedule* (Guiana, 1980).

Destaca-se quanto ao sistema constitucional guianense a possível limitação desses direitos por meio de desinvestimento ou não-observância do que dispõem referidos tratados, desde que obedeça ao cumprimento do exigido quórum qualificado de aprovação por dois terços dos membros eleitos da Assembleia Nacional da Guiana (1980)[53]. Vale mencionar que no caso da Guiana o texto constitucional prevê a não-revogação de qualquer direito humano consagrado anterior a atual Constituição (Guiana, 1980).[54]

De outro modo, se assemelham ao disposto no artigo. 5º, parágrafo 2º da CRFB/88 (Brasil, 1988), as cláusulas de abertura material presentes na Constituição da Colômbia, artigo 94[55] (Colombia, 1991), na Constituição do Equador, artigo 11, inciso 3[56] (Equador, 2008), na Constituição da Guiana, artigo 154-A (5)[57] (Guiana, 1980) e a Constituição da Venezuela, artigo 22[58] (Venezuela, 1999, tradução nossa).

Ademais, a ordem constitucional venezuelana prevê expressamente no artigo 23, a prevalência dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno[59] (Venezuela, 1999). Assim como reconhece o princípio da primazia da norma mais favorável nos casos de conflitos normativos entre a ordem interna e a internacional.

Cabe sublinhar que há, inclusive, algumas limitações supraconstitucionais, dentre os quais, os princípios e valores históricos republicanos, a observância dos

50 Cf. art. 75 (22). "Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, depois de aprovados pelo Congresso, exigirão o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Casa para gozar da hierarquia constitucional" (Argentina, 1853, tradução nossa).

51 Após a Reforma Constitucional de 1994, a Constituição argentina reconhece o *status* constitucional, a aplicação direta e imediata aos tratados internacionais de direitos humanos e a legislação internacional protetiva à vida (Argentina, 1994).

52 Cf. Art.154-A(1) *"Subject to paragraphs (3) and (6), every person, as contemplated by the respective international treaties set out in the Fourth Schedule to which Guyana has acceded is entitled to the human rights enshrined in the said international treaties, and such rights shall be respected and upheld by the executive, legislature, judiciary and all organs and agencies of Government and, where applicable to them, by all natural and legal persons and shall be enforceable in the manner hereinafter prescribed […] 3) The State shall, having regard to the sociocultural level of development of the society, take reasonable legislative and other measures within its available resources to achieve the progressive realization of the rights provided for in paragraph (1). […] 6) The State may divest itself or otherwise limit the extent of its obligation under any of the treaties listed in the Fourth Schedule, if two-thirds of the elected members of the National Assembly have voted in favors of such divestment or limitation*" (Guiana, 1980).

53 Cf. Art. 154 - A (6). *"The State may divest itself or otherwise limit the extent of its obligation under any of the treaties listed in the Fourth Schedule, if two-thirds of the elected members of the National Assembly have voted in favors of such divestment or limitation*" (Guiana, 1980).

54 "[…] Art. 154 - A (2). *"The rights referred to in paragraph (1) do not include any fundamental right under this Constitution"* (Guiana, 1980).

55 Cf. Art. 94. "*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*" (Colômbia, 1991).

56 Art. 11 (3). *"Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte"* (Equador, 2008).

57 Art. 154 -A (5). *"Nothing contained in this article shall be construed to abrogate any human right, not enumerated herein, which a person had at the time of the commencement of this Article*" (Guiana, 1980).

58 Cf. art. 22. *"La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos"* (Venezuela, 1999).

59 Cf. Art. 23. "*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio* más *favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás* órganos *del Poder Público"* (Venezuela, 1999).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

tratados internacionais, acordos e compromissos validamente ratificados, a progressividade dos direitos fundamentais e o respeito as garantias democráticas.

De modo similar ao disposto pela Constituição da Venezuela, a Constituição da Bolívia em seu artigo 256, inciso I, bem como a Carta Constitucional Política da República do Equador, preconiza nos artigos 13 e 424, que os instrumentos internacionais de direitos humanos que estabelecem direitos mais favoráveis aos contidos nas respectivas constituições gozam de preferência normativa, ou seja, hierarquia supraconstitucional (Equador, 2008; Bolívia, 2009, tradução nossa).

Todavia, é preciso mencionar que as Cartas constitucionais da Bolívia[60] e do Equador, dispõem que os Tratados de Direitos Humanos após integralizados à ordem interna, obedecem ao critério hierárquico de aplicação (Equador, 2008; Bolívia, 2009).

Referidos sistemas constitucionais adotam de certo modo em relação às normas internacionais o caráter supralegal, posto que situadas abaixo das normas constitucionais, mas acima das demais normas internas. Por sua vez, em ordem de preferência estão as normas constitucionais, seguidas pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Da mesma forma, o sistema constitucional paraguaio reconhece o *status* constitucional hierárquico dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, em conformidade ao disposto no artigo 137 da Constituição da República do Paraguai[61] (Paraguai, 1992, tradução nossa).

A Carta Magna da Colômbia, dispõe no artigo 93, que os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos têm prevalência sobre a ordem interna, sendo os direitos humanos constitucionalmente assegurados interpretados em consonância com o que estabelecem os tratados de direitos humanos ratificados pelo país[62] (Colômbia, 1991, tradução nossa).

No mesmo sentido, a Constituição do Chile, prevê no artigo 54(1)[63], que para a aprovação de um Tratado Internacional de Direitos Humanos pelo Congresso se exige o mesmo quórum de aprovação de uma Lei ordinária (Chile, 1980, tradução nossa).

A Constituição Peruana de 1993, menciona em seu artigo 55[64], que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm hierarquia legal (Peru, 1993). Não obstante, a maioria da doutrina defende e boa parte da jurisprudência peruana considere a hierarquia constitucional dos referidos Instrumentos (Peru, 1993, tradução nossa).

De igual modo, como se observa no artigo 72 da Constituição do Uruguai[65], não há definição expressa quanto ao *status* constitucional dos tratados, tão-somente são considerados como parte relevante e indispensável, cuja interpretação da jurisprudência é no sentido de reconhecer a natureza de norma constitucional dos Tratados de Direitos Humanos (Uruguai, 1830, art. 72, tradução nossa).

Ademais, em termos gerais pode-se constatar que o Brasil, não obstante, se encontre em uma posição de maior abertura e preocupação constitucional com os direitos humanos em comparação a um significativo número de países sul-americanos, ainda muito se distancia de um modelo desejável.

Posto que, no tocante à cláusula de abertura aos direitos humanos, cujo procedimento político longo e oneroso previsto no artigo 5º, § 3º da CF/88[66] vai no

60 Art. 256, inciso II, *"Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando* éstos *prevean normas más favorables"* (Bolívia, 2009).

61 Cf. art. 137. *"La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado"* (Paraguai, 1992).

62 Cf. Art. 93 "*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"* (Colômbia, 1991).

63 Cf. Art. 54, inciso I, *"[...] La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley*" (Chile, 1980).

64 Cf. Art. 55. "*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*" (Peru, 1993).

65 Cf. art. 72. "*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad hum an de la forma republicana de gobierno*" (Uruguai, 1830).

66 Cf. art. 5º., § 3º. "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais" (Brasil,

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

sentido diametralmente oposto à redação do artigo 5º, § 1º que determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais[67] (Brasil, 1988).

Entende-se aqui que a observância desse procedimento especial constitui um obstáculo dificultoso para a recepção com hierarquia constitucional dos novos direitos advindos dos tratados internacionais de direitos humanos, principalmente porque até o presente momento somente 4 (quatro) tratados internacionais gozam de *status* constitucional.

São eles, a Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoa com Deficiência (Brasil, 2009). O Protocolo adicional à Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoa com Deficiência. O Tratado de Marraqueche (Brasil, 2018) e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Brasil, 2022).

Como visto, algumas Cartas Políticas admitem expressamente que a recepção dos instrumentos internacionais de direitos humanos com hierarquia constitucional ocorre direta e imediatamente, sem quaisquer outras exigências; as Constituições do Brasil e da Argentina, exemplificativamente, exigem um procedimento legislativo próprio à recepção com a observância de rito procedimental especial para tanto (Argentina, 1853; Brasil, 1988).

Por outro lado, outras ordens constitucionais não preceituam expressamente a possibilidade de elevação dessas normas ao nível constitucional, mas estabelecem a possibilidade de aplicação das normas internacionais de direitos humanos em prevalência às normas constitucionais.

Em suma, todas as mencionadas ordens constitucionais preconizam que os direitos e garantias previstos na sua Carta Política não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais cujo país faça parte.

Em face da análise do que dispõem alguns textos constitucionais sul-americanos quanto à cláusula de abertura material pode-se identificar que há diferentes níveis para recepção e aplicação das normas advindas dos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Além disso, os sistemas normativos constitucionais dos países da América do Sul quase na integralidade indicam que os tratados de direitos humanos não são incorporados imediata e diretamente ao ordenamento jurídico interno, nem tampouco às suas ordens constitucionais.

Pode-se notar ainda que, a grande a maioria das Constituições Sul-Americanas exige o quórum de maioria absoluta, o mesmo para a aprovação de uma lei complementar e por fim, algumas Constituições exigem apenas a aprovação por maioria simples para o reconhecimento de nível hierárquico constitucional aos Tratados de Direitos Humanos.

Por sua vez, sustenta-se aqui em face da multiplicidade quanto à abertura e hierarquia constitucional dos direitos humanos fundamentais adotados pelas ordens constitucionais sul-americanas, é urgente e imprescindível o desenvolvimento de um diálogo entre a ordem interna e internacional a partir da definição dos contornos de um novo espaço jurídico constitucional rumo à construção de um constitucionalismo multinível sul-americano.

1988).
67 Cf. art. 5º, § 1º. “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, 1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado constatou-se sob a ótica estrutural comparatista que as Constituições Sul-americanas são relativamente convergentes. No tocante à cláusula de abertura material constitucional identificou-se que os textos constitucionais da Argentina, Colômbia, Guiana, Venezuela, assim como a do Brasil e Equador a contemplam expressamente. No que tange ao *status* hierárquico foram encontrados dispositivos referentes em 7 (sete) Constituições, quais sejam, Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Paraguai e Venezuela. Pode-se identificar que a abertura material constitucional expressa aos direitos fundamentais humanos se faz presente em metade do número total dos textos constitucionais dos países sul-americanos. Ademais, pode-se evidenciar que a cláusula de abertura constitucional aos direitos fundamentais e a recepção de novos direitos advindos da esfera internacional no ordenamento jurídico interno se desenvolve distintamente e em níveis e graus diversos.

Destacou-se que a Constituição venezuelana apresenta uma ampla abertura ao estabelecer a hierarquia constitucional das normas oriundas dos instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos sem a exigência de um procedimento legislativo próprio, Bem como ao admitir a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável quando se tratar do conflito entre a norma interna e a norma de ordem internacional.

Por outro lado, sublinhou-se que as Constituições do Brasil e da Argentina possibilitam expressamente que os instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos possam gozar de um *status* constitucional desde que atendidos os requisitos legislativos próprios para tal.

Nesse sentido, entendeu-se que a previsão do cumprimento do procedimento especial constitui um obstáculo dificultoso para a recepção com hierarquia constitucional dos novos direitos advindos dos tratados internacionais de direitos humanos, principalmente no cenário brasileiro onde até o presente momento somente 4 (quatro) tratados internacionais gozam de *status* constitucional.

Verificou-se que sob outra perspectiva, as Constituições da Bolívia, do Equador e do Paraguai preveem de forma geral a infra constitucionalidade e supra legalidade desses direitos, bem como não admitem expressamente a recepção dos direitos humanos com o caráter de norma constitucional. Todavia, estabelecem a possibilidade de aplicação dessas normas em prevalência da ordem constitucional interna, quando consideradas mais favoráveis.

Nessa esteira, constatou-se que a Constituição da Colômbia traz em seu bojo dispositivo expresso quanto ao reconhecimento das normas internacionais de direitos humanos, bem como a proibição de sua limitação em situações de emergência no âmbito interno. Entretanto, o texto constitucional colombiano é silente quanto ao grau hierárquico das normas oriundas dos instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos.

Em sentido diverso, apontou-se que o texto constitucional guianense prevê expressamente que os os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais devem ser observados e respeitados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciária, todavia, também silencia quanto ao seu *status* hieráquico constitucional. Evidenciou-se também que as Constituições do Chile, do Peru, do Suriname e do Uruguai não há dispositivo indicativo à abertura constitucional aos direitos humanos oriundos dos tratados, tampouco há indicação quanto à sua posição hierárquica normativa internamente. Não obstante, apontou-se que a jurisprudência das Supremas Cortes peruana e uruguaia tem paulatinamente decido no sentido de reconhecer a natureza de norma constitucional dos Tratados de Direitos Humanos.

Ademais, em termos gerais pode-se constatar que o Brasil, não obstante, se encontre em uma posição de maior abertura e preocupação constitucional com os direitos humanos em comparação a um significativo número de países sul-americanos, ainda muito se distancia de um modelo desejável no tocante à cláusula de abertura aos direitos humanos, cujo procedimento político longo e oneroso previsto no artigo 5º, § 3º da CF/88 vai no sentido diametralmente oposto à redação

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

do artigo 5º, § 1º que determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (Brasil, 1988).

Por fim, evidenciou-se a multiplicidade e o dinamismo da abertura constitucional aos direitos humanos fundamentais pelas Constituições sul-americanas, bem como o quanto, nesse contexto o diálogo entre a ordem interna e internacional carece de um urgente e imprescindível desenvolvimento rumo à construção dos contornos de um novo espaço jurídico conformado, vale dizer, de um adequado e suficiente constitucionalismo multinível sul-americano.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 116-133. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.46827

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989**. Manaus: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2018/12/CONSTITUIÇÃO-DO-ESTADO-DO-AMAZONAS--DEZ-2018.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

ARGENTINA. **Constitución Nacional de la** Argentina de 1853. Buenos Aires: Estado Argentino, 1853. Disponível em: https://www.congreso.gob.ar/constitucionSeccion1Cap4.php. Acesso em: 20 mar. 2023.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado de 2009**. Sucre: Ministerio de la Presidencia, 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Convenção interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, n. 7, p. 1, 11 jan. 2022. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.932-de-10-de-janeiro-de-2022-373305203. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 6949, de 25 de agosto de 2009**. Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 9522, de 08 de outubro de 2018**. Tratado de Marraque-che para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585-8/TO**. Prisão - depositário infiel - relevância da articulação contida na inicial - liminar deferida. O pano de fundo deste habeas é ordem de prisão por sessenta dias, cuja observância ocorreu em 3 de novembro de 2005 [...]. Relator: Celso de Mello, 12 mar. 2008a. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 466.343-1/SP**. O recurso extraordinário foi interposto pelo Banco Bradesco S.A., com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação n. 791031-0/7, consignou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõe o art. 5o, inciso LXVII, da Constituição. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: min. Cezar Peluso, 3 dez. 2008b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHILE. **Constitución política de la República de Chile de 1980**. Santiago: Gobierno de Chile, 1980. Disponível em: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

COLÔMBIA. **Constitución política de la República de Colombia de 1991**. Bogotá: Estado Colombiano, 1991. Disponível em: https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da constituição**. Lisboa: Editorial Verbo, 2000. v. 2.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador de 2008**. Quito: Presidencia de la República, 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, DF, v. 8, n. 82, p. 1-8, dez./jan. 2007. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/321/314/661. Acesso em: 20 mar. 2023.

GUIANA. **Constitution of the Co-operative Republic of Guyana Act 1980**. Georgetown: Presidente Office, 1980. Disponível em: http://parliament.gov.gy/constitution/. Acesso em: 20 mar. 2023.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MATO GROSSO. **Constituição do Estado de 1989**. Cuiabá: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.al.mt.gov.br/arquivos/parlamento/ssl/constituicao-estadual.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 37, p. 147, jul./set. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/618. Acesso em: 7 abr. 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3. do art. 5. da constituição e sua eficácia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/739. Acesso em: 7 abr. 2022.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de 1989**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=Con&num=1989&ano=1989. Acesso em: 20 mar. 2023.

PARÁ. **Constituição do Estado de 1989**. Belém: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: https://www.semas.pa.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/legislacao/estadual/Onsituicao_Para_cpara_1989.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

PARAGUAI. **Constitución de la República de Paraguay de 1992**. Assunção: Presidencia de la República, 1992. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

PARAÍBA. **Constituição do Estado de 1989**. João Pessoa: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.al.pb.leg.br/wp-content/uploads/2017/02/Constitui%C3%A7%C3%A3o-Estadual-Atualizada-at%C3%A9-a-Emenda-40-de-2015.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

PERÚ. **Constitución Política del Perú de 1993**. Lima: Estado Peruano, 1993. Disponível em: https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru. Acesso em: 20 mar. 2023.

PIAUÍ. **Constituição do Estado de 1989**. Teresina: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.seplan.pi.gov.br/download/201612/SEP07_611a68f9a2.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa: República Portuguesa, 1976. Disponível em: http://app.parlamento.pt/site_antigo/livraria/vozes_constituint. Acesso em: 20 mar. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. **Constituição do Estado de 1989**. Natal: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.al.rn.gov.br/documentos/Constituicao_Estadual_versao_final_2023.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As Constituições subnacionais e direitos fundamentais nas federações. **Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 183-215, fev. 2019. DOI: https://doi.org/10.12957/rdc.2019.34969.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a constituição federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 325-344, jul./dez. 2011. Disponível em: https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1328. Acesso em: 7 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SERGIPE. **Constituição do Estado de 1989**. Aracaju: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: https://al.se.leg.br/arq_transparencia/arq_constituicao/constituicao_estadual_2019.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. A tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a interação entre o direito interno e o direito internacional: uma análise crítica do HC 87.585-8/TO. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2485, abr. 2010. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/14725. Acesso em: 7 abr. 2022.

SURINAME. **The Constitution Of The Republic Of Suriname 1987**. Paramaribo: Nationale Assemblee, 1987. Disponível em: https://www.constitution.org/cons/suriname.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

URUGUAI. **Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1830**. Montevideo: República Oriental del Uruguay, 1830. Disponível em: http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999**. Caracas: Gobierno Bolivariano, 1999. Disponível em: http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.48503

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O PRINCÍPIO PRO HOMINE COMO ELO NO SISTEMA MULTINÍVEL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CONVENTIONALITY CONTROL: THE PRO HOMINE PRINCIPLE AS A LINK IN THE MULTI-LEVEL SYSTEM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Francisca Flúvia Mourão da Costa

Doutoranda em Direito - Universidade La Salle. Mestre em Direito - PPGD/UNESC. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale/SP. Especialista em Gestão de Políticas Públicas de Gênero e Raça pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Família no Contexto Sociojurídico pela Universidade Estadual do Ceará. Bacharel em Serviço Social pela Universidade Estadual do Ceará. Pós-graduanda em Tribunal do Juri e Execução Criminal pela Faculdade Legale/SP. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Campus São José, SC). Membro do Gupo de Pesquisa Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano vinculados ao Programa de Pós-graduação em Direito - PPGD/UNESC. E-mail: fluviamourao@yhaoo.com.br.

Lucas Machado Fagundes

Pós-doutor em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2018). Doutor (2015) e Mestre (2011) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor e pesquisador em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luis de Potosí, México. Professor Colaborador da Maestría en Derechos Humanos y Gobernanza - Universidad Cooperativa de Colômbia. Pesquisador CLACSO (Conselho Latino-americano de Ciências Sociais). Advogado. E-mail: lmachado.sul@gmail.com.

Como citar: COSTA, Francisca Flúvia Mourão da; FAGUNDES, Lucas Machado. Controle de convencionalidade: o princípio *pro homine* como elo no sistema multinível de proteção dos direitos humanos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 134-148, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48503. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 30/06/2023
Aceito em: 09/09/2024

Resumo: O tema é o controle de convencionalidade na perspectiva de um sistema internacional multinível de proteção dos Direitos Humanos. Tal abordagem terá como base teórica a teoria da interconstitucionalidade fundamentada no princípio *pro homine*. Assim, a problemática consiste observar em que medida ocorre a contribuição do princípio *pro homine* como elemento para uma hermenêutica de integração em prol da máxima efetivação dos direitos humanos. A hipótese, consiste em explorar a contribuição do princípio *pro homine*, no contexto do controle de convencionalidade, para uma hermenêutica de integração em benefício da máxima efetivação dos direitos humanos. Dessa forma, por meio do método dedutivo objetiva-se revisar estas perspectivas desde casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: controle de convencionalidade; sistema interamericano de direitos humanos; teoria interconstitucionalidade; jurisdição multinível; *pro homine*.

Abstract: The theme is the control of conventionality in the perspective of a multilevel international system of protection of Human Rights. Such an approach will be theoretically based on the theory of interconstitutionality based on the *pro homine* principle. Thus, the problem consists of observing to what extent the contribution of the *pro homine* principle occurs as an element for a hermeneutics of integration in favor of the maximum realization of human rights. The hypothesis consists of exploring the contribution of the *pro homine* principle, in the context of conventionality control, for a hermeneutic of integration in favor of the maximum realization of human rights. Thus, through the deductive method, the objective is to review these perspectives from cases of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: conventionality control; inter-american human rights system; interconstitutionality theory; multilevel jurisdiction; pro homine.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

O presente estudo apresenta o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre o controle de convencionalidade, tendo no princípio *pro homine* o elo que propicia uma hermenêutica de integração entre as normas internacionais e as de direito interno, levando-nos ao sistema multinível, no qual inexiste hierarquia entre as ordens constitucionais de proteção aos direitos humanos, em diferentes níveis.

Em relação à internacionalização contemporânea dos direitos humanos, também se dá início ao processo de universalização, tendo incialmente a Organização das Nações Unidas (ONU) como escopo de facilitação para a cooperação entre os países, culminando, posteriormente, com a formação de sistemas internacionais e regionais de proteção aos direitos humanos. No caso do Brasil, dar-se-á destaque à sua participação no Sistema Interamericanos de Direitos Humanos, principalmente junto à Organização dos Estado Americanos (OEA) em especial a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e submetido à jurisdição da Corte Interamericanas de Direitos Humanos (Corte IDH), sendo esta a executora do controle de convencionalidade concentrado.

Esse controle nasceu baseado na necessidade de observância às convenções internacionais, tendo o termo "controle de convencionalidade" sido utilizado, pela primeira vez, em 2006, quando a Corte IDH investigou violações aos direitos humanos ocorridas no período da ditadura chilena, e entendeu a importância da realização de um controle de convencionalidade.

Assim, a pesquisa se justifica pela necessidade da colaboração de um estudo que aborde esta temática, ainda recente no escopo teórico do nosso país, e para contribuir na construção de um aprofundamento de uma teoria do controle de convencionalidade, salientando-se no seguinte problema: em que medida ocorre a contribuição do princípio *pro homine* como elemento para uma hermenêutica de integração em prol da máxima efetivação dos direitos humanos, no âmbito do controle de convencionalidade?

Para isso, serão abordados os principais aspectos referentes ao tema, tais como: um breve aporte sobre o controle de convencionalidade e seu desenvolvimento no Brasil; a aplicabilidade da teoria da interconstitucionalidade e a noção de constitucionalismo multinível no sistema brasileiro; e o princípio *pro homine* como elemento para uma hermenêutica de integração em prol da máxima efetivação dos direitos humanos, objetivando-se, ao final, demonstrar que a hipótese lançada ao problema, qual seja, que o princípio *pro homine*, no contexto do controle de convencionalidade, contribui para uma hermenêutica de integração em benefício da máxima efetivação dos direitos humanos, coroando a superação da integração fundada nos pilares hierárquicos presentes nos modelos provenientes do monismo e dualismo.

Dessa forma, ainda que a sociedade, a legislação internacional e a nacional estejam dando passos largos para assegurar a proteção e efetivação dos direitos humanos, resta-nos ainda, o aprofundamento em sua aplicabilidade, principalmente em relação ao controle de convencionalidade.

1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SEU DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

No contexto de 1945, foi fundada a Organização das Nações Unidas, por meio do ato constitutivo da Carta das Nações Unidas[1], com a enumeração dos direitos humanos básicos, que culminou, em 1948, com a publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Concomitante à criação da ONU, surgiram alguns sistemas regionais de proteção, como o europeu, o africano e o americano, coexistentes e complementares

1 A Carta das Nações Unidas também é conhecida como Carta de São Francisco, por ter sido assinada na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos.

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 134-148. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48503

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ao Sistema Global de Direitos Humanos (SGDH), coordenado pela ONU, firmado em 1948 pela Carta Internacional de Direitos Humanos (SGDH) da ONU, o qual corresponde, à Carta Internacional de Direitos, considerada um conjunto formado por três documentos: a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, de 1966; e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também em 1966.

No que se refere ao continente americano, foi instituído, no final da década de 1950, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sendo esta a responsável por exercer o controle de convencionalidade. Somente 10 (dez) anos após a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, cuja vigência apenas se iniciou em 1978, quando atingiu o número mínimo de ratificações necessárias.

Dentre os documentos normativos no escopo do SIDH, temos, além da CADH, o Protocolo sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador; o Protocolo de Assunção; a Convenção de Belém do Pará; a Convenção de Cartagena; a Convenção de Antigua; a Convenção de Guatemala; a Convenção de Bogotá; a Convenção de Washington, coadunando para o assentamento de sua legitimidade no âmbito da proteção e promoção dos direitos humanos no nosso continente. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete final, tanto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quanto dos demais tratados deste âmbito, evidencia o que se denominou de controle de convencionalidade (Alves, 2020, p. 34).

O Brasil aderiu ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e, ante a necessidade de compatibilização do ordenamento jurídico interno a acordos, tratados e convenções de que é signatário, ou seja, de observância aos instrumentos internacionais calcados em princípios do direito internacional, como o *liberum voluntatis*, *pacta sunt servada e bonam fidem*, nasceu, no Brasil, o controle de convencionalidade (Leal; Alves, 2015, p. 296).

No âmbito nacional, a primeira condenação brasileira pela Corte IDH ocorreu na sentença datada de 04 de julho de 2006, no *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, referente a um jovem, Damião Ximenes Lopes, diagnosticado com uma deficiência intelectual de origem orgânica em decorrência de alterações no cérebro. A vítima foi internada pela primeira vez aos 30 (trinta) anos, na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral – CE, em 1995, tendo falecido em 1999, durante outra internação na mesma instituição, em decorrência de maus tratos de funcionários (OEA, 2006). O médico responsável, todavia, retornou à casa de repouso, após a morte de Ximenes, e atestou parada cardiorrespiratória como *causa mortis* (Paiva; Heemann, 2015, p. 212).

Com o insucesso do esforço da família de Ximenes para que os responsáveis pela morte fossem punidos em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o caso foi levado à CIDH, cuja decisão concluiu que o "Estado Brasileiro era responsável pela violação dos direitos à integridade pessoal, a vida e a proteção judicial de Ximenes Lopes" (Paiva; Heemann, 2015, p. 2012). A partir disto, a Comissão fez recomendações ao Estado brasileiro, que refutou parte do determinado, discordando da "[...] suposta inércia em investigar as circunstâncias do falecimento da vítima e sancionar os responsáveis pelos maus tratos a ele infringidos e por sua morte na Casa de Repouso Guararapes" (Paiva; Heemann, 2015, p. 213), circunstância que levou a CIDH a submeter o caso à Corte IDH.

Diante disto, a Corte IDH sentenciou acerca de que o Estado brasileiro violou a vida, a integridade pessoal, a dignidade dos familiares da vítima (devido terem sofrido problemas de saúde em decorrência da situação), e ainda mencionou a inércia de investigar e a ineficiência em punir os responsáveis, determinando que o Brasil indenizasse a família de Ximenes, além de decretar ao Estado brasileiro que o processo de investigação e sanção se dê em prazo razoável (Paiva; Heemann, 2015, p. 214). Além disto, como foi um caso que envolveu violações de pessoa com deficiência mental, posteriormente, isso levaria a Corte IDH a deter-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

minar que se fosse estabelecido a elaboração de uma política antimanicomial (Ramos, 2014, p. 335). E, posteriormente ao *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, outros casos em que o Estado brasileiro foi parte foram julgados pela Corte IDH.

A Constituição brasileira de 1988 permite o reconhecimento de normas de direito internacional, como dispõe o art. 5º, § 2º, preconizando que os direitos e garantias por ela expressos "[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", ou seja, a nossa lei fundamental versa sobre a preocupação do país com o cumprimento de normas internacionais de que o Brasil seja signatário, reafirmando o comprometimento nacional com a proteção à dignidade humana (Brasil, 1988).

Complementarmente, em 2004, por meio da Emenda Constitucional 45, acrescentou-se o § 3º ao art. 5º, da nossa Carta Magna, permitindo que "[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros", sejam equivalentes às emendas constitucionais (Brasil, 1988). Em outras palavras, a Emenda nº 45/2004 abarcou a possibilidade de as normas internacionais de direitos humanos, aprovadas com *quorum* qualificado, possuírem status de emendas constitucionais.

Segundo Mazzuoli (2013, p. 745), a partir desse momento foi possível classificar internamente a aplicabilidade das normas internacionais, "[...] à medida que os tratados de direitos humanos ou são **materialmente** constitucionais (art. 5º, § 2º, CF) ou **material e formalmente** constitucionais (art. 5º, § 3º, CF) [...]". Isso significa que, além de permitir o controle de constitucionalidade necessário e inerente ao ordenamento jurídico, também haverá um controle de convencionalidade, objetivando verificar se as normas do nosso país são compatíveis com os tratados de direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil.

Neste diapasão, diante da aceitação dos tratados e normas de direito internacional pela nossa Constituição, tem-se intensificada a força normativa dos direitos assegurados internacionalmente dos quais o Brasil seja signatário, realizando a compatibilização para além do controle interno e possibilitando a interpretação extensiva pelos tribunais internacionais e regionais, estes responsáveis pelo controle externo, consolidando o controle de convencionalidade, o qual no âmbito do Estado brasileiro, é realizado pela Corte IDH (Leal; Alves, 2015, p. 302-303).

Dito de outro modo, os atos do Estado devem estar de acordo não só com a norma constitucional, mas também com o *corpus juris* do direito internacional de proteção aos direitos humanos, devidamente ratificados pelo referido Estado. Isto significa que os documentos e normatizações jurídicas, como tratados; resoluções; convenções e declarações, são fundamentais para o exercício do controle externo e devidamente reconhecidos como "bloco de convencionalidade", juntamente com as convenções internacionais e a jurisprudência, que, no Brasil, proveem das interpretações da Corte IDH (Alves, 2020, p. 37-38).

No entanto, é fundamental realçar a decisão do Min. César Peluso, em 03 de dezembro de 2018, no HC n º 466.343, sobre a relação de hierarquia entre as normas internacionais e nacionais sobre direitos humanos, considerando que os tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados conforme disposto no art. 5º, § 3º, da CF/88, ou seja, sem coro especial para equivalência às emendas constitucionais, seriam normas com status hierárquico supra legal (Brasil, 2018b).

Neste contexto, o controle externo de convencionalidade é concentrado quando ocorrer monopolizado em uma Corte internacional, dividindo-se em preventivo, quando se referir a consultas submetidas à Corte, ou repressivo, quando a violação aos direitos humanos já se consumou (Alves, 2020, p. 38). O controle interno também pode ser classificado como preventivo ou repressivo, sendo aquele o realizado pelas autoridades estatais dos Estados-partes no âmbito interno, subdividindo-se em concentrado (realizado pelo Legislativo, no primeiro momento, objetivando verificar a constitucionalidade e a convencionalidade e, posteriormente, pela Chefia do Executivo para sanção ou veto), e difuso, o qual é realizado por toda a autoridade administrativa (Alves, 2020, p. 44).

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

No que se refere ao controle interno repressivo de convencionalidade, este é realizado pela jurisdição interna dos Estados-partes, podendo ser difuso, quando qualquer juiz ou tribunal se manifestar a respeito, compatibilizando os tratados com as leis domésticas vigentes no país (Mazzuoli, 2013, p. 765) e concentrado, conforme leciona Alves (2020, p. 47-48), quando realizado de forma complementar ou principal pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O controle concentrado realizado de forma complementar no momento da apreciação das seguintes ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), quando além de analisar a questão constitucional, "[...] não poderá deixar de, conjuntamente, mesmo que de forma subsidiária, apreciar também a convencionalidade da norma questionada [...], considerando o seu dever *ex officio* de observância aos tratados internacionais que o Estado firmou" (Alves, 2020, p. 48).

O controle interno repressivo concentrado de forma principal envolve os tratados que foram aprovados sem o *quórum* qualificado, isto é, aqueles que não tiveram a aprovação conforme o art. 5º, § 3º, da CF/88, e aos quais, por consequência, residualmente, poderá ser interposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), já que não há possibilidade de ajuizamento de outras ações.

No âmbito do SIDH, a primeira vez que a Corte IDH firmou a necessidade de um controle de convencionalidade pelos Estados-partes da CADH foi no caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, julgado em 2006, ainda que antes disso existissem precedentes pontuais em votos de alguns juízes (Leal; Alves, 2015, p. 300).

O Chile se tornou Estado-parte da CADH desde o ano de 1990, reconhecendo imediatamente a competência contenciosa da Corte IDH, circunstância que permitiu o referido julgamento, discorrendo-se sobre a violação pelo Estado chileno dos direitos preconizados na Convenção Americana, e o descumprimento do dever de adotar disposições de Direito Interno da Convenção. A CIDH também demandou à Corte IDH acerca da possibilidade de não ter havido investigação e punição dos responsáveis devido à lei de anistia chilena, de 1978, e além da inexistência de reparação aos familiares do senhor Luis Alfredo Almonacid Arellano (OEA, 2006, p. 2).

Então, por meio da sentença da Corte IDH restou definido que, quando um Estado ratifica um tratado internacional, tanto os juízes, quanto o aparato estatal estão a ele submetidos e terão que guardar para que os efeitos da Convenção não sejam diminuídos por leis contrárias, visto que "[...] o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (OEA, 2006, p. 52), além de estabelecer que o cumprimento não é somente do tratado em si, mas da análise que a própria Corte, sua intérprete oficial, faz dele.

Segundo Alves e Leal (2015, p. 303), as sentenças estruturantes são traços marcantes nas decisões da Corte IDH "[...] as quais transcendem os efeitos às partes envolvidas no caso concreto em análise [...]", e se estendem a outras pessoas, ou grupos, também a outros Estados-partes, não apenas àquele caso concreto que está sendo julgado.

Estas sentenças também são chamadas de macrosentenças, pois quando há graves violações estatais no âmbito dos direitos humanos, transluzem um esforço judicial para que se efetivem os comandos constitucionais, destarte, a Corte IDH responsabiliza internacionalmente o Estado-parte, impondo-lhe a reparação dos danos individuais. Além de, destacando-se o caráter binário destas sentenças, além das reparações individuais, também há medidas para que se modifiquem causas estruturais (Leal; Alves, 2015, p. 289-290).

Mesmo o controle de convencionalidade sendo algo recente no Brasil, e ante aos desafios de sua operacionalização, ele se faz presente no ordenamento pátrio, sendo que "[...] a superação da hierarquia normativa é, pois, o principal desafio ao controle de convencionalidade que se quer estabelecer" (Alves, 2020, p. 99),

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

com a superação das fases monista e dualista, teorias que serão tratadas ao longo deste artigo.

Coadunando a isto, além da busca de um sistema multinível, com a coexistência de diversas normas constitucionais de diferentes níveis, objetivando a proteção dos direitos humanos e norteada pela teoria da interconstitucionalidade, contextualizada no próximo item deste artigo, compreende-se que o princípio hermenêutico *pro homine* serve de elo e fundamento entre os sistemas, contribuindo para a interpretação mais benéfica ao ser humano.

2 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE E A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL NO SISTEMA BRASILEIRO

Com a disseminação do direito internacional no nosso mundo globalizado, e o desenvolvimento dos direitos humanos ao logo dos anos, passamos a ver o direito transcendendo as fronteiras dos Estados e adentrando em diferentes ordens constitucionais, o que para Canotilho é a chamada "Teoria da Interconstitucionalidade". Pode-se dizer que este fenômeno foi cunhado a partir de uma análise no contexto europeu, nos anos 2000, em Portugal, mas sua aplicabilidade também pode ser vivenciada no Brasil, por meio do SIDH e sua Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

Para Canotilho (2008, p. 285) o direito constitucional dos países se tornou mais estreito e íntimo ao direito internacional, o que ocasionou um "direito constitucional internacional" e o "direito internacional constitucional". Dito de outro modo, o direito constitucional e o internacional passaram a caminhar conjuntamente a esta integralização global.

Cada sistema de proteção dos direitos humanos, em seus diferentes planos, interage como uma coexistência complementar, em que, como prenuncia Fachin (2020, p. 68) "[...] floresce o direito constitucional multinível, marcado pelo direito comparado e pelas trocas constitucionais que são essencialmente permeadas pelos diálogos entre sistemas jurídicos diversos", convivendo de forma harmônica e complementar.

Neste influxo, a expressão "multinível" perpassa por este espaço de convivência entre os diversos sistemas, proveniente tanto dos níveis internacional, continentais ou internos, ou seja, em níveis múltiplos, objetivando uma maior proteção aos direitos humanos, tanto no campo normativo, como no jurisprudencial. Influenciando "[...] a recepção das normas internacionais em matéria de direitos humanos e a internalização das decisões internacionais que tem relação direta com o chamado controle de convencionalidade" (Fachin, 2020, p. 75).

Apesar de o direito interno ter seus meios próprios para cumprimento, no direito internacional se prima pela jurisdição voluntária, pois os Estados somente são obrigados a se submeterem quando se tornam signatários e ratificam os acordos, tratados e convenções, sendo vinculados e submetidos à jurisdição da referida Corte ou Comissão. Neste sentido, discorre Ribeiro e Romancini (2015, p. 163) "[...] deve-se repensar a ordem internacional, em um cenário em que a globalização gerou efeitos tão significativos. O que se percebe é que o direito constitucional viu-se obrigado a andar conjuntamente com o direito internacional [...]" em meio aos ordenamentos vigentes".

No contexto de entrelaçamento dos diversos ordenamentos jurídicos, sejam eles internos ou internacionais, ante a consolidação do direito internacional, vemos um aprimoramento do controle de convencionalidade, em que "[...] é necessário que haja um diálogo tanto entre as fontes (direito interno e direito internacional), quanto entre as jurisdições (interna e supranacional)" (Alves, 2020, p. 67).

Não se intenta abandonar o papel central da Constituição, mas, como destaca Alves (2020, p. 71), "[...] harmonizá-la à pluralidade normativa (incluindo os tratados internacionais e as jurisprudências dos órgãos regionais e globais) que integram o denominado 'constitucionalismo multinível' [...]" nos mais diversos ordenamentos.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Numa visão ampla, as Constituições não sucumbirão, mas sim sofrerão mudanças ao passarem a fazer parte de um contexto interconstitucional, havendo, no entanto, uma preservação de sua centralidade, o que para Canotilho (2008, p. 269) corresponde ao fato de as Constituições dos Estados descem do "castelo" para a "rede", mas sem perder suas funções identificadoras pelo fato de estarem ligadas umas com as outras. Neste sentido, Alves (2020, p. 76) proclama que, embora os tratados internacionais sobre direitos humanos abram as portas dos "castelos", ou seja, dos Estados fechados, e relativizem, por exemplo, a soberania e independência, serão mantidas na mesma rede com convivência harmônica.

Doravante, as Constituições dos Estados não agirão mais isoladamente, e a interconstitucionalidade permitirá a manutenção da identidade dos Estados, fazendo parte de um sistema jurídico de hermenêutica europeia (Ribeiro; Romancini, 2015, p. 167), ultrapassando, contudo, o contexto europeu, em decorrência da amplitude da globalização, da aplicabilidade dos direitos humanos e direito internacional.

Nesta conjuntura de diversas ordens constitucionais, elaboradas em diferentes níveis, fazendo parte de uma rede em que inexiste hierarquia e constitui um sistema multinível, é que adentramos na apresentação do constitucionalismo global. Onde temos o sistema global, no qual tem na Organização das Nações Unidas seu protagonismo, e do sistema regional, como principal ator, a Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo consolidado pelo SIDH.

O Constitucionalismo Global alia bases tanto do direito constitucional quanto do internacional e "[...] trabalha o arcabouço normativo basilar estabelecido pela comunidade internacional organizada, através da Organização das Nações Unidas, que compreende o conjunto de princípios universalmente reconhecidos, declarações, tratados [...]" (Alves, 2020, p. 90) que estejam direcionados à proteção dos direitos humanos.

No que diz respeito ao sistema regional, com o propósito de fortalecer estes direitos no contexto interamericano, o SIDH, por meio da CIDH, órgão consultivo em matéria de direitos humanos, responsável pelo juízo de admissibilidade, e da Corte IDH, detentora da competência jurisdicional, assenta as bases deste constitucionalismo regional, com ampliação da atuação da Corte IDH, agora responsável por guiar e influenciar os Estados, tanto na compatibilização de jurisprudência dos tribunais nacionais, quanto no induzimento de políticas públicas (Alves, 2020, p. 95-96) relacionadas à violência contra a mulher; à tortura; ao desaparecimento de pessoas; pena de morte; racismo; pessoas com deficiência, dentre outras.

Assim, quando um caso concreto é submetido à Corte IDH, o interconstitucionalismo é posto em prática e submetido às seguintes premissas: primeiramente, quando o Estado passa a fazer parte do SIDH, ocorre a justaposição de ordens jurídicas, não somente através das decisões da Corte IDH, como também da revisão de jurisdição pelos Estados-membros; na segunda, o interconstitucionalismo transcende a justaposição no momento do julgamento de um caso concreto, quando a Corte IDH verifica que a Constituição de outro Estado é mais benéfica, e a utiliza, mesmo que este Estado não integre a lide; por fim, a Corte IDH pode se utilizar das jurisprudências que transcendem o SIDH, como, por exemplo, as emitidas pela Corte Europeia (Ribeiro; Romancini, 2015, p. 169-170).

Essas premissas perpassam pela lição de Canotilho (2008, p. 265-266) acerca da teoria da interconstitucionalidade, considerando que esta estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de diversas constituições e poderes constituintes no mesmo espaço político (Canotilho, 2008, p. 265-266).

As relações de concorrência ocorrem quando os Estados possuem suas constituições, elas coexistem e se inter-relacionam de forma concomitante ao próprio SIDH, como ocorre, por exemplo, com os diversos países membros da Organização dos Estados Americanos, que têm suas Constituições próprias e convivem no sistema interamericano (Ribeiro; Romancini, 2015, p. 169).

No que tange à convergência, esta se apresenta como afinidade, concordância, harmonia, além de diversos tópicos de confluência entre Constituições internas

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

dos países integrantes e em harmonia com o preconizado no SIDH, devido aos seus semelhantes processos de colonização (Ribeiro; Romancini, 2015, p. 169).

Em relação à justaposição, parte-se do pressuposto da legitimidade dos Estados-membros do Sistema Interamericano ao aceitarem a sua jurisdição. Dessa forma, enquanto forem signatários, é possível a sobreposição da ordem jurídica interna em determinadas circunstâncias (Ribeiro; Romancini, 2015, p. 169).

Quanto aos conflitos de várias constituições e poderes constituintes, como cada Estado-membro tem suas próprias Constituições, além dos pontos de convergência, existem também suas especificidades no que se refere à tutela dos direitos, em algumas situações de forma mais branda, e em outras, mais fortemente (Ribeiro; Romancini, 2015, p. 169-170).

Podemos ainda exemplificar este interconstitucionalismo no SIDH ao analisarmos as jurisprudências da Corte IDH, objetivando assegurar os direitos humanos a nível regional, e a sua dissipação global, como, por exemplo, no caso *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku2 vs. Equador*, cuja sentença foi emitida em 27 de junho de 2012. Esse caso paradigmático, ocorrido em 1996, diz respeito ao contrato para exploração do petróleo estipulado entre a Companhia Estatal de Petróleo do Equador e uma empresa argentina, no território que pertencia ao povo indígena Kichwa de Sarayaku, sem qualquer consulta prévia aos mesmos. Segundo Paiva e Heemann (2015, p. 152) "[...] foram destruídas várias cavernas, cachoeiras e rios subterrâneos que eram utilizados como fonte de água potável pela comunidade indígena Sarayaku. A Companhia argentina também implantou 1400 kg de explosivos [...].", desrespeitando assim, a segurança e fontes de sobrevivência do povo indígena.

Diante das violações ao povo indígena *Kichwa de Sarayaku*, a Corte IDH ordenou que o Estado equatoriano retirasse os explosivos e fizesse o reflorestamento das áreas afetadas (OEA, 2012, p. 93); realizasse a devida consulta prévia (OEA, 2012, p. 94); a regulamentação da consulta prévia no direito interno (OEA, 2012, p. 95); ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional (OEA, 2012, p. 96); indenização compensatória por danos materiais e imateriais (OEA, 2012, p. 97); dentre outras condenações relacionadas ao fato do Estado violar os direito da referida comunidade indígena.

Nesta sentença, a Corte IDH se utilizou de jurisprudência de inúmeros países latino-americanos, além de outras provenientes da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos; da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos[3]; do Tribunal Europeu de Direitos Humanos[4]; da Convenção de Viena[5]; da Organização Internacional do Trabalho[6] (OIT); dos Estados Unidos da América; do México.

Dentre as jurisprudências e Constituições utilizadas pela Corte IDH, podem ser destacadas as baseadas na Constituição Nacional da República Argentina[7], de 1994; na da Bolívia, a Constituição Política do Estado[8], de 7 de fevereiro de 2009; no artigo 34 da Lei Indígena nº 19.253, de 1993 do Chile; na Constituição Política da Colômbia[9]; no Decreto do Noroeste, aprovado pelo Congresso estadunidense em 1787; na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos; na Constituição Política da República da Nicarágua; a Constituição Política do Paraguai, de 1992; a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 1999

2 Conforme a Corte IDH (OEA, 2012, p. 18) "o Povo Kichwa de Sarayaku está localizado na região do Equador Amazônico, na área da mata tropical, na província de Pastaza, em diferentes pontos e nas margens do rio Bobonaza. Seu território situa-se 400 metros acima do nível do mar, a 65 km da cidade de El Puyo".

3 A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em 2009, declarou que "proteger direitos humanos vai além do dever de não destruir ou de não enfraquecer deliberadamente grupos minoritários, pois requer, além do respeito e da proteção de seu patrimônio religioso e cultural essencial para sua identidade de grupo [...]" (OEA, 2012, p. 72).

4 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem sede na cidade de Estrasburgo, na França, foi fundado em 1959, transformou-se num órgão permanente em 1998.

5 A Convenção de Viena foi promulgada pelo Brasil através do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

6 Organização Internacional do Trabalho foi fundada em 1919, e faz parte da ONU.

7 "A Constituição Nacional da República Argentina, de 1994, no artigo 75.17, reconhece a preexistência étnica e cultural dos povos indígenas argentinos, a personalidade jurídica de suas comunidades, e a posse e propriedade comunitária das terras que tradicionalmente ocupam [...]" (OEA, 2012, p. 48).

8 Na Bolívia, a Constituição Política do Estado "reconhece o direito dos povos indígenas de serem consultados "mediante procedimentos apropriados e, em especial, mediante suas instituições, cada vez que se disponham medidas legislativas, ou administrativas, suscetíveis de afetá-los" (OEA, 2012, p. 48).

9 A Constituição Política da Colômbia dispõe que "extração dos recursos naturais nos territórios indígenas far-se-á sem prejuízo da integridade cultural, social e econômica das comunidades indígenas" (OEA, 2012, p. 48).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

(OEA, 2012, p. 48-49); além das emitidas pela Corte Suprema de Belize; pelo Tribunal Constitucional da Bolívia; pela Câmara Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica; pela Corte de Constitucionalidade da Guatemala; e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional peruano (OEA, 2012, p. 50-51). Este rol demonstra claramente a configuração do interconstitucionalismo no SIDH, do qual o Estado brasileiro é parte.

Alves (2020, p. 60) entende que "[...] a doutrina brasileira tem se debruçado principalmente sobre o diálogo entre juízes nacionais e a Corte IDH.", colóquio que somente será próspero se desprovido de hierarquia e baseado na cooperação, objetivando uma interpretação harmônica através do princípio *pro homine* em prol dos direitos humanos (Alves, 2020, p. 61).

Apesar de o interconstitucionalismo no sistema interamericano, não ser tão aprofundado quanto ocorre no sistema europeu, berço dessa teoria, entende-se que ele está firmemente demonstrado nas atuações da Corte IDH e no contexto de suas sentenças estruturantes ou macrosentenças, demonstrando a presença do interconstitucionalismo na coexistência de normas nacionais e internacionais em diferentes níveis de proteção aos direitos humanos.

A Corte IDH, em suas decisões, aprofunda o estudo de diversas normas jurídicas em âmbito global, não apenas vinculando às sentenças as jurisprudências produzidas por ela, em prol do objetivo de assegurar os direitos humanos. A jurisprudência da Corte transcende diversos níveis, sistemas e âmbitos, busca a aplicação de legislações mais protetivas e benéficas ao ser humano e contribuem, muitas vezes, para a implementação de novas políticas públicas, reafirmando o princípio *pro homine ou favor persona*, cunhado pela referida Corte, como uma hermenêutica mais benéfica ao ser humano, que será aprofundada no próximo item deste artigo.

3 O PRINCÍPIO PRO HOMINE COMO ELEMENTO PARA UMA HERMENÊUTICA DE INTEGRAÇÃO EM PROL DA MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Nossa Constituição Federal de 1988 preconiza, em seu art. 4º, II, que a prevalência dos direitos humanos é um princípio de Estado. Para Mazzuoli (2013, p. 763) é nesse inciso que está estabelecido o princípio *pro homini*, responsável por operar como uma hermenêutica de integração entre os sistemas e fornecer uma maior proteção aos direitos humanos.

O § 2º, do art. 5º, da nossa Carta Magna, consigna que os direitos e garantias nela expressados não excluem outros decorrentes dos princípios e regime, ou dos tratados internacionais de que o Estado brasileiro seja signatário. Isto demonstra mais uma regulamentação no nosso ordenamento jurídico acerca do princípio interpretativo *pro homine ou favor persona*.

No âmbito do direito interno, o princípio internacional *pro homine* é formado por outros dois princípios jurídicos: o da dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos, pilares da predileção da norma mais favorável ao ser humano. Imperioso ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana chama para si os outros direitos fundamentais, além de ser considerado como parâmetro na interpretação de todo arcabouço constitucional (Mazzuoli, 2013, p. 762).

Anteriormente, a interlocução entre as normas internas e externas eram calcadas pelas correntes dualista e monista. A primeira, desenvolvida no ano de 1914, por Alfred von Verdross[10], afiança serem o direito interno e o internacional dois sistemas distintos e independentes, em que questões internas e internacionais não são influenciadas pelas fontes e normas umas das outras (Alves, 2020, p. 52-53). Segundo ela, enquanto o direito interno orienta a relação entre o Estado e seus nacionais, o direito internacional regula a relação entre os Estados e estes com os Organismos Externos, sendo que, para ter valor jurídico interno após a firmação

10 Alfred von Verdross nasceu em 1890, em Innsbruck, na Áustria, e foi um jurista defensor da corrente dualista tendo concluído seu doutorado na Universidade de Viena.

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 134-148. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48503

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

de compromisso internacional, ele precisaria internalizar, domesticar esta norma internacional (Alves, 2020, p. 53).

No monismo, cujo principal idealizador é Hans Kelsen, há a compatibilização dos sistemas nacional e internacional, com a eliminação das diferenças fundamentais entre as ordens jurídicas. Para Kelsen (2013, p. 34), "[...] o Estado cessa, portanto, de ser ordem suprema até mesmo no seu interior. Assim, há uma ordem que lhe é superior - o direito internacional [...]". Inobstante destacar a supremacia do direito internacional sobre o interno, a teoria kelseniana previu, posteriormente, a possibilidade de um conflito moderado entre ambos (Alves, 2020, p. 53-54).

Percebe-se, portanto, que as antigas correntes de interlocução entre o direito internacional e o interno preveem um cenário de hierarquização entre estes sistemas. Com desenvolvimento e aprofundamento do direito internacional dos direitos humanos houve a necessidade de uma superação destas formas de interpretação baseadas na mera hierarquização, transpondo-se a uma nova hermenêutica de integração fundada na aplicação da norma mais favorável ao ser humano, denominado de princípio interpretativo *pro homine ou favor persona*.

Para utilizar esta hermenêutica de integração, devemos ter clareza acerca da necessidade de uma compreensão fincada na teoria da interconstitucionalidade e nos sistemas de proteção social "em rede", não mais como "castelos", não obliterando os pressupostos do sistema multinível com harmonização da convivência entre os sistemas interno e externo, mas priorizando sempre a norma mais benéfica ao ser humano, deixando-se para trás a forma hierarquizada e, até então enraizada no sistema brasileiro, e fazendo uso deste base do princípio hermenêutico *pro homine*.

Mister salientar que este princípio é formado por diretrizes baseadas na preferência na interpretação, ao impor ao seu intérprete o emprego da norma mais favorável ao ser humano de maneira extensiva ou restritiva de um determinado direito, e na aplicação da norma, quando, em defluência de mais de um instrumento normativo sobre determinado direito, o mais benéfico deve ser utilizado, independente de este pertencer ao arcabouço interno daquele Estado ou ao internacional. Uma maneira que serve como diretriz de preferência na interpretação e a outra como uma diretriz de preferência na aplicação da norma. Sendo que a primeira impõe ao intérprete o uso da norma mais favorável ao ser humano, se desdobrando em duas outras: uma de preferência interpretativa extensiva dos direitos, quando o aplicador deve interpretar a norma no sentido mais favorável e a outra é referente a preferência interpretativa restritiva, quando se deve realizar uma interpretação mais restritiva quando se tratar de alguma forma de limitação ao exercício de um direito.

Já a segunda variável, se apresenta quando há mais de uma norma tratando sobre o mesmo direito, então, deve-se aplicar a mais favorável, independente dela pertencer ao sistema interno ou internacional. Dito de outro modo, o juiz nacional deverá aplicar a norma internacional se esta for mais benéfica do que a presente no ordenamento pátrio, e o juiz internacional utilizará a norma interna se esta for mais benéfica do que a internacional (Alves, 2020, p. 57).

Partindo do necessário diálogo entre as fontes internas e de direito internacional no contexto de aprimoramento do controle de convencionalidade, este tem que ser realizado no âmbito de todos os nossos poderes estatais, conforme já abordado no primeiro item deste artigo, quando tratamos dos âmbitos do controle de convencionalidade perpassando pelo poder Legislativo, Executivo e Judiciário, objetivando que a aplicação e interpretação das normas sejam sempre em prol do ser humano, prevalecendo sempre a mais favorável, independentemente de a qual ordenamento jurídico seja proveniente.

O princípio *pro homine* não está apenas presente no ordenamento jurídico pátrio, mas também expresso em diversos tratados internacionais e regionais, como a Convenção de Viena; no âmbito do SGDH, principalmente em seus dois principais Pactos: o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP); o

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC); como também na esfera regional, através da CADH; e nas diretrizes do SIDH.

Aufere-se, portanto, que houve superação da velha hierarquia fundada nas teorias dualista e monista, com avanço em uma hermenêutica de integração que se utiliza do princípio *pro homine*, tanto internamente no âmbito constitucional, quanto em normas internacionais, permitindo sempre a aplicação da norma mais favorável e protetiva ao ser humano, independentemente de sua origem.

Segundo Alves (2020, p. 60), a doutrina brasileira tem se inclinado sobremaneiramente, na formação de um diálogo entre os juízes nacionais e a Corte IDH, competindo aos poderes Legislativo e Executivo a observação preventiva dos tratados internacionais e sua interpretação pelos órgãos supranacionais, e, ao Poder Judiciário, a interpretação e execução das normas relacionadas aos direitos humanos de forma ampla, valendo-se sempre do controle de convencionalidade (Alves, 2020, p. 60).

Desde o ano de 2018, as decisões do Supremo Tribunal Federal apresentam fundamentações baseadas tanto em tratados internacionais, como também nas interpretações dos forjadas pelos órgãos responsáveis. Neste sentido, Alves (2020, p. 63) leciona que "no Brasil, o diálogo entre as fontes e as jurisdições ainda é tímido, porém, paulatinamente, tem se observado uma evolução jurisprudencial no sentido de sua efetivação", configurando um avanço.

O Min. Edson Fachin, em decisão de 22 de agosto de 2018, concedeu *habeas corpus* no HC nº 157.968, utilizando-se do princípio *pro homine* para justificar o cumprimento de prisão domiciliar de uma mãe, única responsável pela filha de 13 (treze) anos com diagnóstico de microcefalia, retardo mental e sem condições de locomoção, além de vítima de agressões praticadas pelo padrasto, responsável por seu cuidado durante o cumprimento da pena pela genitora.

No caso em tela, o ministro considerou que há, na legislação internacional, a previsão do direito à prisão domiciliar para cuidados de filhos dependentes, e destacou as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Prisioneiras e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Ofensoras (As Regras de Bangkok), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução A/RES/65/229). Esta Resolução é paradigmática ao preconizar a incorporação ao direito interno das interpretações sobre direitos humanos elaboradas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, independentemente de qualquer ato político, fundando-se no princípio *pro homine*, e construindo um forte diálogo entre as normas internas e internacionais (Brasil, 2018a).

Consoante lição de Gomes (2007, p. 199), é no momento de eleger a norma que será aplicada ao caso concreto, que "[...] ganha singular relevância o princípio *pro homine*". Em outras palavras, quando temos normas que certificam um direito, a mais válida é a que o amplia, e quando temos o inverso, restringindo um direito, valerá a que menos o restrinja, com a intenção de garantir a aplicação da norma de forma mais eficaz e com maior ampliação no exercício desse direito (Gomes, 2007, p. 199).

Neste diapasão, enquanto Canotilho, no contexto europeu, consumava a teoria da interconstitucionalidade, acoplando a teoria da constituição ao constitucionalismo multinível, com diferentes ordens constitucionais coexistindo em rede, na conjuntura interamericana, a Corte IDH desenvolvia o princípio *pro homine*, firmando a aplicabilidade da norma mais favorável ao ser humano, na existência de mais de uma legislação reguladora do caso concreto, independentemente de qualquer hierarquia (Alves, 2020, p. 212).

O objetivo precípuo é a aplicação da norma mais favorável ao ser humano, seja ela proveniente do ordenamento nacional ou internacional, ou seja, no âmbito interno, regional ou global, nomeando-se como multinível, que o princípio hermenêutico de integração *pro homine*, (que não se utiliza das bases teóricas hierárquicas dualista ou monista, mas sim, firmado na teoria da interconstitucionalidade), tem a finalidade de aperfeiçoar o controle de convencionalidade, em prol da máxima efetivação dos direitos humanos.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Digno de encômio, a proteção multinível proporcionada tanto pelo sistema brasileiro; quanto em nível regional, no âmbito da OEA, pelo SIDH, e global, na esfera da ONU, pelo SGDH, perpassa pela necessidade de aprazar o controle de convencionalidade, buscando assegurar a proteção aos direitos humanos, por meio da aplicação como elo garantidor do *princípio pro homine.*

Incumbe às autoridades estatais, objetivando o cumprimento do preconizado nos instrumentos internacionais, "[...] exercer uma atitude de cooperação e de coordenação voluntária perante os órgãos supranacionais de guarda dos respectivos tratados, buscando compreender o espírito das soluções buscadas por estes aos casos a eles submetidos [...]" (Alves, 2020, p. 60). Neste sentido, quando estas autoridades ratificam os tratados, estão obrigadas a aplicar as normas internacionais e as interpretações elaboradas pela Corte IDH, cabendo-lhes, no caso de descumprimento das normas e suas jurisprudências, uma possível responsabilização internacional.

Mesmo longe de ser considerado um diálogo internormativo e interjurisdicional, o Supremo Tribunal Federal, ainda que em atuações isoladas de alguns ministros, continua fazendo referências às decisões supranacionais, sendo este diálogo imprescindível para o estabelecimento de uma hermenêutica de integração, apoiada sempre na teoria da interconstitucionalidade (Alves, 2020, p. 66).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

O Controle de Convencionalidade surgiu da necessidade de compatibilização do ordenamento jurídico interno a acordos, tratados e convenções internacionais, ou seja, à observância das normas dos Estados aos instrumentos internacionais. Apesar de seu desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro ainda ser incipiente, necessitando continuadamente superar a hierarquia normativa e tendo nisto seu principal desafio, ressaltamos a sua presença na doutrina, nas decisões monocráticas e nos julgamentos no Supremo Tribunal Federal.

No âmbito dos países latino-americanos, somente em 2006 se firmou a necessidade de um controle de convencionalidade pelos Estados-partes da CADH, no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, ainda que antes deste momento, já existissem precedentes pontuais em votos de alguns juízes.

Independentemente de a norma internacional referente aos direitos humanos ter status constitucional ou supralegal, faz-se mister sempre confirmar sua compatibilidade com o ordenamento pátrio por meio do controle de constitucionalidade, bem como frente às convenções internacionais de que o estado brasileiro seja signatário, proporcionando a aplicação do controle de convencionalidade.

Com a difusão do direito internacional no mundo globalizado e a ampliação dos direitos humanos ao logo dos anos, vimos o direito transcendendo as fronteiras dos Estados e adentrando em diferentes ordens constitucionais, fenômeno proveniente da Europa, denominado por Canotilho de “teoria da interconstitucionalidade”, mas que sua aplicabilidade também pode ser vivenciada no Brasil, através do SIDH.

No âmbito dos diversos sistemas de proteção dos direitos humanos, em seus diferentes planos, interagindo como uma coexistência complementar em níveis múltiplos, proveniente tanto dos níveis internacional, continentais ou internos, e objetivando uma maior proteção aos direitos humanos (não somente no campo normativo, mas também através das jurisprudências), é que temos o direito constitucional multinível.

Com o desenvolvimento e aprofundamento do direito internacional, dos direitos humanos e a necessidade de uma superação na forma de interpretação baseada na hierarquização, formou-se uma nova hermenêutica de integração, calcada na aplicação da norma mais favorável ao ser humano, ou seja, no princípio interpretativo *pro homine ou favor persona*.

O princípio *pro homine*, além de identificado na nossa Carta Magna, também está presente nos tratados e convenções internacionais, inclusive no contexto do Sistema Global de Direitos Humanos e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estabelecendo uma hermenêutica de integração, apartando-se da noção hierárquico-normativa e possibilitando o aprofundamento do controle de convencionalidade.

Por fim, diante dos resultados encontrados, confirmando-se a hipótese da pesquisa em tela, verificamos que o princípio *pro homine*, no contexto do controle de convencionalidade, contribui para uma hermenêutica de integração em benefício da máxima efetivação dos direitos humanos, coroando a superação da integração fundada nos pilares hierárquicos das correntes dualista e monista, e corroborando com a aplicação da norma mais favorável ao ser humano, na esfera da proteção multinível.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Dalenogare. **O controle jurisdicional de convencionalidade dos atos do poder público no tocante às políticas públicas com base no mínimum core obligation por um viés da teoria da interconstitucionalidade**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 157.968**. Habeas corpus. execução. prisão domiciliar. regime fechado. excepcionalidade. imprescindibilidade. cuidados com a filha. ausência de comprovação. ordem denegada. Pactante: Marta Alves da Silva. Impactante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Relator: Min. Edson Fachin, 22 ago. 2018a. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho898658/false. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 466.343**. O exmo. sr. ministro O recurso extraordinário foi interposto pelo banco bradesco S.A., com fundamento no art. 102, III, “a”, da constituição, contra acórdão do tribunal de justiça do estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação n. 791031-0/7, consignou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõe o art. 5o, inciso LXVII, da constituição. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. César Peluso, 3 dez. 2018b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf. Acesso em: 3 dez. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) diretos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, Matosinhos, ano 1, v. 1, n. 1, p. 66-82, jan./abr. 2020. Disponível em: http://revistaibericadodireito.com/index.php/revistaiberica/article/viewFile/7/10. Acesso em: 10 dez. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa “pro homine”. **Argumenta**, Jacarezinho, v. 7, n. 7, p. 197-202, 2007. DOI: https://doi.org/10.35356/argumenta.v7i7.80.

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Tradução de Marcelo D. Varella. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 10, n. 3, 2013. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/download/2446/pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A corte interamericana de direitos humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos - uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund versus Brasil: perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, n. 15, dez. 2015. Disponível em: http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/318. Acesso em: 3 dez. 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In*: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Estudos avançados de direitos humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 744-778.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADO AMERICANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: sentencia de 26 de septiembre de 2006. San José: CIDH, 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc. Acesso em: 3 dez. 2022.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADO AMERICANOS. **Caso povo indígena Kichwa de Sarayaku vc. Equador**: sentença de 27 de junho de 2012. San José: CIDH, 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf. Acesso em: 3 dez. 2022.

PAIVA, Caio Cézar de Figueiredo; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, P. 160-172, 2015. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3714/pdf. Acesso em: 3 dez. 2022.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.47389

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

O ATIVISMO JUDICIAL DO STJ EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO RECURSO ESPECIAL DE Nº 1.340.553-RS

THE STJ'S JUDICIAL ACTIVITY IN TAX MATTERS IN SPECIAL APPEAL Nº 1.340.553-RS

Diego Francivan dos Santos Chaar

Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia (PPGDIR/UFAM). Pós-Graduação em Advocacia Tributária - EBRADI. Pós-Graduação em Advocacia Cível - FMP. Graduação em Direito pela Universidade Paulista. Professor de Direito Tributário, Direito Constitucional, Direito Financeiro e Direito Empresarial na Faculdade Santa Teresa e na Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO). Coordenador Adjunto do Curso de Direito na Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO). E-mail: diegochaar.advocacia@gmail.com.

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2012). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (2005). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2005). Pós-graduado (Especialista) em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1998). Pós-graduado (Especialista) em Direito Civil pela UFAM (1998). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (1995). Professor da Faculdade de Direito da UFAM. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) da UFAM. Professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM). Procurador do Estado do Amazonas. Advogado. Membro efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro efetivo do Instituto Amazonense de Direito Administrativo (IADA). Membro fundador da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA). Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT). Membro do Conselho Científico da Associação Paulista de Estudos Tributários (APET). E-mail: prof.calberto@hotmail.com.

Como citar: CHAAR, Diego Francivan dos Santos; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. O ativismo judicial do STJ em matéria tributária no Recurso Especial de nº 1.340.553-RS. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 149-163, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.47389. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 22/01/2023
Aceito em: 09/04/2025

Resumo: A Lei Ordinária de nº 6.830 de 22 de setembro de 1980, que regula o processo de Execução Fiscal, trata em seu Art. 40 sobre a prescrição intercorrente (Brasil, 1980), sendo que, a Constituição da República (Brasil, 1988) no art. 146, III, b, impõe que a prescrição do crédito tributário seja regulada por meio de Lei Complementar, cabendo a investigação e o estudo do Recurso Especial nº 1.340.553-RS, para verificar se o Superior Tribunal de Justiça invadiu a seara legislativa, ou tão somente, interpretou a norma do art. 40 da Lei 6.830/80, como método dedutivo e pesquisa bibliográfica da doutrina jurídica, periódicos e análise da jurisprudência sobre enfoque, sendo o objetivo do presente trabalho, a análise do julgado, possibilitando verificar se ocorreu o fenômeno do Ativismo Judicial pelo STJ, concluindo assim o presente trabalho.

Palavras-chave: ativismo judicial; execução fiscal; prescrição intercorrente; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: Ordinary Law No. 6,830 of September 22, 1980, which regulates the Tax Execution process, deals in its Art. 40 on intercurrent prescription (Brasil, 1980), and the Federal Constitution (Brasil, 1988) in art. 146, III, b, imposes that the prescription of the tax credit be regulated by means of a Complementary Law, being responsible for the investigation and study of Special Appeal nº 1.340.553-RS, to verify if the Superior Court of Justice invaded the legislative field, or simply, interpreted the norm of art. 40 of Law 6.830/80, as a deductive method and bibliographical research of legal doctrine, periodicals and analysis of jurisprudence on focus, being the objective of the present work, the analysis of the judgment, making it possible to verify if the phenomenon of Judicial Activism by the STJ occurred, concluding so the present work.

Key words: judicial activism; tax execution; intercurrent prescription; Superior Justice Tribunal.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

A Constitucionalização do Direito trouxe grandes conquistas, dentre elas, a proteção dos direitos e garantias fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal Brasileira, bem como a Separação dos Poderes com suas respectivas garantias, prerrogativas e delimitações, formando o Estado Democrático de Direito, onde a representatividade é realizada por meio do voto, conferindo ao povo a escolha do chefe do Poder Executivo e de seus representantes no Poder Legislativo.

Nesse sistema presidencialista, como é no Brasil, o Poder Executivo tem atribuições de chefe de estado e chefe de governo, com imposição constitucional para a realização de políticas públicas atribuídas pelo ordenamento jurídico, para além dos direitos e garantias fundamentais, de garantia dos direitos sociais, caracterizando um Estado garantidor e provedor, formando o *welfare state* brasileiro.

Já ao Poder Legislativo, cabe a definição das regras do jogo democrático, com suas funções de elaborar as normas com base no Texto Constitucional, fiscalizar o Poder Executivo e representar seus eleitores.

Diante dessa sistemática de Tripartição dos Poderes, resta a pesquisa sobre o Poder Judiciário, que surge como terceiro poder, com prerrogativas diferenciadas dos demais poderes, mas com função plenamente atuante, pois, ao Poder Judiciário cabe em apertada síntese, julgar a Constitucionalidade de leis em face da Constituição no controle abstrato, resolver litígios entre particulares e verificar a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo no controle difuso.

Com a deficiência do Poder Legislativo em acompanhar a evolução social de forma que venha a legislar sobre fatos sociais que surgem a cada momento, chegam demandas com lacunas legislativas para apreciação do Poder Judiciário, ocasionando na ultrapassagem dos limites impostos pela Constituição da República (Brasil, 1988), ao Poder Julgador, usurpando de certa forma as funções do Poder Legislativo, ao criar norma geral e abstrata por meio da decisão judicial.

Isso ocorre em todas as searas jurídicas, mas, o presente trabalho tem como delimitação do problema na seara tributária, em especial nas execuções fiscais no que tange a prescrição intercorrente tributária.

Pois, a Constituição da República (Brasil, 1988), impõe expressamente em seu art. 146, III, alínea b[1], que cabe à lei complementar regular a prescrição do crédito tributário. Ou seja, em execução fiscal, a prescrição do crédito tributário deve ser regulada por meio de Lei Complementar com expressa previsão constitucional.

Ocorre que, no Recurso Especial de nº 1.340.553-RS, afetado pela sistemática dos Recursos Especiais Repetitivos de observância obrigatória nos termos do art. 927 do CPC, o Superior Tribunal de Justiça, criou marcos temporais e prescricionais, definindo a prescrição intercorrente com base na Lei Ordinária de nº 6.830/80, que regula o processo de Execução Fiscal.

Assim, o presente trabalho aduz a problemática de que, ao solucionar o caso da prescrição intercorrente na Execução Fiscal no Recurso Especial de nº 1.340.553-RS, o STJ interpretou a norma ou criou uma nova norma jurídica praticando Ativismo Judicial?

Como objetivo geral, tem-se a análise do Recurso Especial de nº 1.340.553-RS e os Temas Repetitivos de nº 566, 567, 569, 570 e 571 (Brasil, 2018b), com a finalidade de pesquisar se houve ativismo judicial do STJ sobre a prescrição intercorrente tributária com base na Lei nº 6.830/80 (Brasil, 1980).

Os objetivos específicos visam demonstrar a sistemática dos Recursos Especiais Repetitivos e a uniformização da jurisprudência do STJ, verificar a aplicabilidade da prescrição intercorrente do artigo 40 da Lei 6.830/80 ao crédito tributário, examinar o Ativismo Judicial, o STJ e o Recurso Especial de nº 1.340.553-RS. As hipóteses estabelecidas, são: o ativismo judicial como fator de mutação legislativa e constitucional pela interpretação subjetiva; a prescrição tributária regida

1 Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; (Brasil, 1988, art. 146).

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

por lei complementar a Luz da CF/88 e do CTN; a Lei 6.830/80 e a prescrição intercorrente em matéria tributária.

Ao final o trabalho se pretende verificar se houve ou não ativismo judicial do STJ no Recurso Especial de nº 1.340.553-RS, interpretando a lei com base na Constituição ou criando norma jurídica por meio da decisão.

1 O ATIVISMO JUDICIAL

1.1 A Constitucionalização do Direito Tributário

O Princípio da Separação dos Poderes fundamentado nas aspirações de Montesquieu, é basilar nos Estados Democráticos como o Brasil, insculpido no art. 2º da Constituição da República (Brasil, 1988): "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Conforme se depreende do Texto Constitucional, os Poderes da União, atuam de forma independente e harmônica, que na prática acabam encontrando algumas nuances com funções típicas e atípicas, sendo as primeiras funções relativas ao seu núcleo essencial, como no caso do Poder Legislativo em editar leis, do Poder Judiciário de proferir sentenças e acórdãos e do Poder Executivo na promoção de políticas públicas.

Por sua vez, as funções atípicas ocorrem quando um Poder atua com atribuições de outro Poder, como no processo de *impeachment*, onde o Poder Legislativo faz o julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade, do Poder Judiciário ao editar seu regimento interno, legislando sobre sua organização e o Poder Executivo ao editar decretos.

Para a manutenção dessa harmonia entre Poderes, Montesquieu desenvolveu o mecanismo de freios e contrapesos, para inibir abusos, beneficiando a liberdade individual, como bem preceitua Elival da Silva Ramos (2015, p. 98):

> No Capítulo VI, do Livro XI, de *O espírito das leis*, Charles Louis de Secondat, a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual.

Esse sistema desenvolvido nos Estados Democráticos, "[...] com adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação dos poderes e proteção aos direitos fundamentais" (Barroso, 2010, p. 278), possibilita a liberdade do povo ao qual se submete a um determinado ordenamento jurídico, havendo a "[...] garantia do supremo bem individual e social, a liberdade" (Ataliba, 1978, p. 40).

Luis Roberto Barroso (2010, p. 279) leciona que é possível identificar "nos últimos quinhentos anos três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito". E, com a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito, a Constituição e não a Lei passou a ser a premissa maior do ordenamento jurídico.

Com a Constitucionalização do Direito, houve segurança jurídica dos direitos e garantias fundamentais reivindicados, agora positivados na Norma Maior, ao lado dos limites e garantias dos Poderes, tendo como ponto de partida a Carta Magna de 1215, que tinha a tributação como matéria constitucional, justificando e estando na "[...] essência do primeiro documento constitucional moderno" (Ataliba, 1978, p. 40).

No Brasil, além da divisão dos Poderes, sua limitação e a observação aos direitos e garantias fundamentais, também houve a introdução dos direitos sociais, permeada pelo *welfare state*, ou, estado do bem estar social, que "[...] a tudo provê e que em tudo intervém" (Ramos, 2015, p. 240).

Com esses direitos e garantias de 1º e 2ª geração constitucionalmente reconhecidos, novos princípios positivados na Constituição foram se articulando e se conciliando com o Princípio da Separação dos Poderes, "[...] como os princípios da

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros" (Cunha Junior, 2016, p. 155).

Dentre essas garantias fundamentais, há o princípio da legalidade, que é enunciado pela a Constituição da República (Brasil, 1988), em seu art. 5º, inciso II, que "[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Em matéria tributária, o art. 150, inciso I da a Constituição da República (Brasil, 1988), enuncia que "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça". Em consonância com o texto Constitucional versa o artigo 97, inciso I do CTN que, "Somente a lei pode estabelecer: I - a instituição de tributos, ou a sua extinção", atribuindo ao Poder Público a observância do Princípio da Legalidade Tributária, na exigência, aumento, instituição ou extinção de tributos (Brasil, 1966).

O Princípio da Legalidade Tributária comporta exceções as quais não se pretende esgotar no presente trabalho, como exemplo, a possibilidade de regulamentação de matéria tributária por meio de Medida Provisória na majoração e redução de impostos, sendo vedado a veiculação de matérias reservadas à Lei Complementar por meio de Medida Provisória, conforme preceitua o artigo 62, § 1º, inciso III, e § 2º do Texto Constitucional[2].

No que tange a prescrição do crédito tributário, o Código Tributário Nacional, dispõe no artigo 174 que "A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva" (Brasil, 1966), não permitindo dúvidas que após o lançamento, há cinco anos para a Fazenda Pública cobrar judicialmente o crédito tributário.

Em que pese o Código Tributário Nacional bem normatizar a prescrição do crédito tributário antes da propositura da Execução Fiscal, pairavam dúvidas quanto a prescrição do crédito tributário após a propositura da Ação de cobrança da Dívida Ativa Fazendária.

Isso porque, a lei que regula a cobrança judicial do crédito tributário e não tributário é a Lei Ordinária de nº 6.830 de 1980, que traz na redação do artigo 40 e parágrafos, a regulamentação da prescrição após a propositura da ação.

Como se pode perceber, a lei é de 1980 e foi recepcionada pela atual Constituição como Lei Ordinária, impossibilitando a sua aplicação ao crédito tributário por expressa disposição constitucional no artigo 146, inciso III, alínea "b", abrindo brechas para o Ativismo Judicial em matéria tributária relacionada a prescrição do crédito tributário após a propositura da ação.

A possibilidade do Ativismo Judicial em matéria tributária, regular por meio de decisão judicial a prescrição do crédito tributário, coloca em cheque o Princípio da Segurança Jurídica, que "[...] envolve o reconhecimento de que a tributação é baseada em (i) lei aprovada pelos representantes dos contribuintes, o que atualmente temos, formalmente, no Poder Legislativo, e (ii) nos termos estabelecidos pela Constituição Federal" (Becho, 2021).

No mesmo sentido, são as lições de Geraldo Ataliba na doção do Princípio Republicano, com a função legislativa desempenhada por um órgão de representatividade, no que tange ao consentimento do tributo, afirmando que "[...] impõe-se o pleno prestígio do princípio do consentimento dos tributos, ao lado dos princípios da legalidade, generalidade e proporcionalidade da tributação" (Ataliba, 1978, p. 41).

2 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: III - reservada a lei complementar; § 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada (Brasil, 1988).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Pois, as relações sociais na cobrança do crédito é corrente, e com o devido processo legal, "[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens", conforme o art. 5º, inciso LIV da Carta Constitucional de 88 (Brasil, 1988).

O devido processo legal em matéria tributária, assim como o Princípio da Legalidade, encontram suas premissas na Magna Carta Inglesa de 1215, "[...] cujo capítulo 39 estipulou: os lordes não seriam mortos, presos, perderiam direitos ou bens senão pela lei da terra" (Becho, 2021), culminando no *due process of law.*

Em que pese todas essas garantias e direitos fundamentais, ditas cláusulas pétreas, com rigidez constitucional no artigo 60, § 4º da CF/88[3], e o Princípio da Separação dos Poderes ao lado de princípios constitucionais aos quais se relaciona, não dá azo ao Poder Judiciário se colocar como um terceiro superpoder normativo invadindo a esfera dos outros poderes, em especial do Poder Legislativo em matéria tributária.

1.2 O Conceito de Ativismo Judicial

Conceituar um instituto não é tarefa fácil, principalmente em assuntos polêmicos que dividem opiniões como o conceito de Ativismo Judicial.

Elival da Silva Ramos entende que o Ativismo Judicial é a atuação do Poder Judiciário "[...] para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)" (Ramos, 2015. p. 111).

Isso seria a ação do Judiciário no núcleo de atuação do Legislativo, ocasionando uma violação interpretativa "[...] que o voluntarismo bem intencionado, mas institucionalmente desastroso, dos órgãos judiciários acabe por solapar um dos fundamentos mais caros de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação política que dela decorre" (Ramos, 2015, p. 283).

Na perspectiva do neoconstitucionalismo, o ativismo judicial é visto como "o reconhecimento da prevalência dos princípios sobre as regras, além da existência de uma "nova hermenêutica", liberando o juiz do papel de "boca da lei" (Ferreira Filho, 2011 *apud* Viaro, 2017, p. 239).

Por outro lado, o Ativismo Judicial estaria se referindo "[...] à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo" (Ramos, 2015, p. 101).

Assim, o Poder Judiciário acaba passando a ser uma fonte do direito, como no *commom law*, onde o Poder Judiciário julga o caso concreto e cria o precedente vinculante de observância obrigatória, inovando no mundo jurídico, criando norma geral e abstrata.

Sobre a criação de norma jurídica pelo Poder Judiciário, Becho (2021) questiona, "Se o Poder Judiciário está passando a ser a fonte do direito tributário, os contribuintes precisam passar a escolher ou ao menos ter participação na escolha dos juízes que não são concursados".

Cappelletti (1993, p. 47) incita ao debate, indagando que os juízes podem "[...] permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional", tornando "[...] a magistratura ordinária na débil e quase marginal sobrevivente", sendo assim meros intérpretes positivistas.

Por outro lado, o jurista italiano afirma que os juízes podem escolher outra alternativa e "[...] elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador" (Cappelletti, 1993, p. 47), e caso siga por essa linha, será como um "terceiro gigante", como nos sistemas de *commom law*, "[...] como guardião e controlador dos poderes políticos" (Cappelletti, 1993, p. 49).

3 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais (Brasil, 1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Todavia, pairam dúvidas quanto o respeito do Poder Judiciário na interpretação dos princípios constitucionais tributários, em especial o da legalidade e o da segurança jurídica, nos julgados com observância obrigatória, principalmente em matéria reservada à lei complementar. Pois, "[...] não se presume a necessidade de edição de lei complementar. Só é necessária lei complementar quando a Constituição expressamente a requer" (Paulsen, 2017, p. 170).

Hoje o que é constitucional, amanhã pode ser inconstitucional e vice e versa, por pura e simples interpretação de um Tribunal Superior, sendo que a tramitação de um processo legislativo, leva a diversos debates nas casas legislativas até a sua aprovação.

E, quando há a impugnação do texto publicado, presumidamente constitucional, no controle difuso, o processo inicia perante o juiz de primeiro grau, posteriormente chega a fase de recursos perante um Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal e depois chega em um "Tribunal Superior e Termina no Supremo Tribunal Federal, no qual 5 ministros entendem que a lei é constitucional, enquanto 6 ministros julgam-na inconstitucional" (Becho, 2021).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, deveria se dedicar "[...] a preservar a interpretação adequada e a unidade do direito federal ordinário em relação às causas julgadas pelos tribunais federais comuns e pelos tribunais estaduais" (Mendes; Branco, 2017, p. 887).

Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça deveria verificar a compatibilidade da decisão com as disposição constitucionais, não podendo inovar no mundo jurídico criando norma geral e abstrata, ingressando na seara do Poder Legislativo, sob pena de cometer Ativismo Judicial.

Sob as lições acima expostas, pode-se conceituar Ativismo Judicial como a atuação do Poder Judiciário, na esfera do Poder Legislativo, por meio de decisão que crie norma geral, abstrata e inovadora, regulando comportamentos futuros, ultrapassando limites legais e constitucionais.

Dessa forma, a segurança jurídica fica insegura, pois a mudança de entendimento jurisprudencial (*overruling*), pode ocorrer a qualquer momento, podendo relativizar o devido processo legal (*due process of law*), e criar normas reservadas a lei complementar por meio de decisão judicial que pode mudar a qualquer momento.

2 FATORES DE PROPULSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL EM EXECUÇÃO FISCAL

2.1 As Execuções Fiscais e o congestionamento do Poder Judiciário Brasileiro

A cobrança da dívida ativa, inicia após a constituição do crédito tributário promovida pelo lançamento, seja ele por declaração, por homologação ou de ofício, conforme o Código Tributário Nacional (Brasil, 1966)[4].

Havendo o pagamento do montante apurado pelo fisco, extingue-se o crédito tributário. Mas, com inadimplemento e não havendo impugnação administrativa, o crédito é repassado para a respectiva procuradoria do Ente Público, que inscreve o crédito em dívida ativa, podendo protestá-lo e negociá-lo administrativamente. Após essas fases, não logrando êxito no prazo determinado, a procuradoria ajuíza a ação de cobrança do crédito tributário e não tributário, chamada de Execução Fiscal, com o rito previsto na Lei 6.830/80.

Em que pese a simplicidade em nossa explanação ritualística da cobrança do crédito tributário do plano administrativo ao judicial, a estrutura de cobrança do crédito tributário em âmbito nacional é imensa e toma outras proporções.

E não poderia ser diferente, pois as receitas tributárias constituem a principal fonte de renda para o poder público, levando todas as esferas (Federal, Estadual,

4 Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível (Brasil, 1966).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Distrital e Municipal), a montarem suas estruturas fazendárias e as respectivas procuradorias especializadas na cobrança do crédito tributário.

Sendo assim, está se falando em mais de cinco mil municípios, 26 Estados, o Distrito Federal e todo o âmbito da União na cobrança do crédito tributário, conforme a respectiva competência de cada Ente, levando ao congestionamento do Poder Judiciário, conforme constatado pelo Conselho Nacional de Justiça no Justiça em Números, principal fonte do Poder Judiciário sobre as estatísticas processuais dos Tribunais Brasileiros.

No que tange as Execuções Fiscais, os números são alarmantes, pois a fonte de dados do CNJ constatou que "[...] a maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 65% do estoque em execução" (CNJ, 2022, p. 164).

Ou seja, não há a liquidez desejada para a satisfação do crédito tributário no meio judicial, sendo que "[...] 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. 164).

O Conselho Nacional de Justiça, ainda destaca que o Judiciário esgota os meios legais de localização de bens para saldar o crédito, deixando o processo pendente, sendo que os processos chegam ao Poder Judiciário após o esgotamento dos meios de cobrança na esfera administrativa, tornando difícil a recuperação do crédito, permanecendo os processos pendentes, "[...] com status de suspensão, deixando de impactar na taxa de congestionamento líquida (sem suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório)" (CNJ, 2022, p. 164-165).

O CNJ ainda aponta que no decorrer da história, as execuções fiscais são os processos que mais criam a morosidade no Poder Judiciário, conforme consta no Justiça em Notas:

> Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O processo de execução fiscal chega ao Poder Judiciário depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas ou com tentativas prévias de cobranças e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação (CNJ, 2022, p. 170).

Ou seja, para o CNJ, o processo judicial tenta repetir os mesmos feitos administrativos, na tentativa de encontrar bens para saldar o crédito cobrado em juízo, mas além do insucesso da cobrança, também constatou-se que as execuções fiscais são causadoras da alta taxa de congestionamento, na casa de 90%, ou seja, a cada 100 processos em 2021, somente 10 foram finalizados, permanecendo 90 processos abarrotando o Poder Judiciário (CNJ, 2022, p. 171).

Por Entes Públicos a nível Brasil, constatou-se que a Justiça Estadual é a mais impactada, concentrando "[...] 86% dos processos. A Justiça Federal responde por 14%; a Justiça do Trabalho por 0,2%; e a Justiça Eleitoral por apenas 0,01%" (CNJ, 2022, p. 171).

Na taxa de acervo, o impacto é maior na Justiça Federal e Estadual, sendo demonstrado que "Na Justiça Federal, os processos de execução fiscal correspondem a 42% do seu acervo total de primeiro grau (conhecimento e execução); na Justiça Estadual, a 39%; na Justiça do Trabalho, a 1%; e na Justiça Eleitoral, a 1%" (CNJ, 2022, p. 171).

Não parando por aqui, há ainda os novos processos de execução fiscal, que cresceram quase 40% em relação a 2020, chegando a taxa de congestionamento em quase 90 % em 2021, sendo que "[...] a maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (93%), seguida da Justiça Estadual (89%) e da Justiça do Trabalho (89%). A menor é a da Justiça Eleitoral (86%)" (CNJ, 2022, p. 172).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Outro ponto da morosidade da cobrança fiscal é o "tempo de giro do acervo", que "[...] é de 8 anos e 8 meses, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o acervo existente" (CNJ, 2022, p. 172).

Ainda foi constatado que o tempo médio de tramitação de uma execução fiscal finalizada "é de 6 anos e 11 meses", havendo baixa no tempo de tramitação em relação a 2021, "[...] com significativo decréscimo quando comparado com o ano de 2018, pico da série histórica, em que o tempo médio foi de 9 anos e 1 mês" (CNJ, 2022, p. 175).

Ainda assim, foi constatado que a Justiça Federal é a mais morosa na tramitação dos feitos executivos, chegando em "média 9 anos e 10 meses". Em seguida "A Justiça Estadual leva em média 6 anos e 7 meses para baixar um processo de execução fiscal, enquanto a Justiça do Trabalho leva 8 anos e 6 meses. Na Justiça Eleitoral, a duração média é de 5 anos e 9 meses" (CNJ, 2022, p. 176).

Conforme se constatou no Justiça em Números, o judiciário está abarrotado de execuções fiscais, e sem a regulamentação da sistemática de prescrição intercorrente do crédito tributário pelo legislador complementar, para que fosse levada em conta o desafogamento do Poder Judiciário soterrado de processos infurtíferos e ilusórios de satisfação de crédito, demorando anos para a declaração de extinção e desafogamento do Poder Judiciário nesse oceando de execuções, abriu-se margem para o Judiciário, invadir a seara legislativa, tornando-se o "terceiro gigante" de Cappelletti, para sair desse atolado acervo de execuções fiscais.

2.2 A SISTEMÁTICA DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe no Livro III, Título I, Capítulo I, um comando geral de uniformização de precedentes.

No artigo 926 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), impõe ao Poder Judiciário o dever de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Já no artigo 927 Código de Processo Civil (Brasil, 2015), afirma que o Poder Judiciário deve observar as decisões do STF em controle de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, os acórdão em assunção de competência, acórdão de resolução de recursos extraordinários e especiais repetitivos, a observação das sumulas persuasivas do STF e do STJ e a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual o juiz ou tribunal estiver vinculado.

Além da sistemática de precedentes dos artigos 926 e 927, existem as demandas repetitivas com precedentes de tribunais estaduais e regionais que uniformizam a sua própria jurisprudência, aplicando a tese jurídica a todos os casos afetados e futuros, similares ao precedente, nos termos do artigo 985, I e II do CPC[5] (Brasil, 2015).

Nesse ponto, o ativismo judicial ganhar força para sua implementação com a sistemática de uniformização da jurisprudência brasileira aplicável aos casos afetados e futuros.

Em que pese vincular somente aos juízes e tribunais, indireta ou diretamente, irá afetar a esfera subjetiva geral e abstrata, cabendo o questionamento quando as decisões ultrapassarem os limites legais e constitucionais, inovando no mundo jurídico, como pondera Becho (2021) "[...] não há como concordar, destarte, com qualquer entendimento que sugira que o direito brasileiro tem migado para a common law ou algo similar, representando o CPC de 2015 o ápice dessa escalada de emprestar normatividade vinculante a variadas decisões judiciais".

As súmulas vinculantes introduzidas na Lei Maior pela Emenda Constitucional de nº 45 de 2004, vinculam a administração pública e o Poder Judiciário. Apesar não ser lei, merece "[...] destacar-lhe a natureza normativa, no sentido de

5 Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986 (Brasil, 2015).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

que a súmula vinculante é antes um ato de criação do que de aplicação do direito" (Ramos, 2015, p. 260).

E com o aparato técnico legal previsto no Código de Processo Civil, o Poder Judiciário dispõe do sistema brasileiro de precedentes, com similitudes do *common law*, onde o que impera é a jurisprudência e não a lei.

No sistema do *civil law*, como no Brasil, os precedentes tem o limite no Texto Constitucional e Legal como norte da apreciação judicial, onde a *ratio decidendi* na maioria das vezes está implícita, significando a vontade do legislador, pois, "em um sistema jurídico em que se aplica a lei, ou ao menos se pretende fazê-lo (aplicar a legislação), não há muito espaço para a identificação de princípios gerais de direito, localizáveis "à luz ou no contexto dos fatos" (Becho, 2021), e a Constituição Federal de 1988 impõe o princípio da legalidade, não havendo em nosso meio, "[...] nada próximo a um princípio da jurisprudencialidade ou à liberdade de os julgadores decidirem que não seja sob as balizas legais" (Becho, 2021).

Mesmo assim, com as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil, parece que está sendo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o "princípio da jurisprudencialidade", sendo tal nomenclatura, resultante do Ativismo Judicial, dando aval ao Poder Judiciário ultrapassar os limites constitucionais e legais, violando o princípio da Separação dos Poderes, da Segurança Jurídica, da Legalidade, gerando uma séria instabilidade normativa e insegurança jurídica.

3 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E O ATIVISMO JUDICIAL DO STJ NO RECURSO ESPECIAL DE Nº 1.340.553-RS

3.1 Da prescrição intercorrente e a lei 6.830/80

A Lei nº 6.830 de 1980, regula o rito processual da cobrança da Dívida Ativa Fiscal de natureza tributária e não tributária da Fazenda Pública Federal, Estadual, Distrital e Municipal, denominada de Execução Fiscal (Brasil, 1980).

O processo é relativamente simplório, sendo a petição fiscal instruída com a Certidão de Dívida Ativa, e após protocolada, o juiz despacha a petição inicial ordenando que o devedor pague o crédito, caso não pague, poderá sofrer constrições patrimoniais para satisfação do crédito, e sendo satisfeito o crédito o processo é extinto.

Todavia o rito da Lei nº 6.830/80, começa a encontrar questionamentos no que tange a aplicação da suspensão da prescrição do art. 2º, §3º[6], e da aplicação do procedimento da prescrição intercorrente do art. 40[7], ao crédito tributário (Brasil, 1980).

Isso porque a Lei 6.830/80 é Lei Ordinária, encontrando implicações no artigo 146, III, "b" da Constituição Federal[8], que impõe expressamente a regulação da prescrição do crédito tributário por meio de Lei Complementar, enraizado no princípio da legalidade.

Tanto no caso da suspensão da prescrição por 180 dias, quanto na prescrição intercorrente, regulamentado pela Lei 6.830/80, não há a aplicação dos ritos ao crédito tributário, por se tratar de Lei Ordinária, sendo aplicável somente ao crédito não tributário.

---

6 Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.
§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo (Brasil, 1980).

7 Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução. § 4o Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. § 5o A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4o deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda (Brasil, 1980).

8 Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; (Brasil, 1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, tem posição clara sobre o tema, afirmando que "As normas relativas à prescrição e decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto a Constituição pretérita (art. 18, = 1º, da CF 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988)" (Brasil, 2008).

Portanto, a aplicação do instituto da prescrição intercorrente por meio do Art. 40 da Lei 6.830/80, é inaplicável ao crédito de natureza tributária por expresso comando constitucional que ordena sua regulamentação por meio de Lei Complementar.

3.2 Do recurso especial de nº 1.340.553-rs

O Superior Tribunal de Justiça, detém suas competências definidas no art. 105 da Constituição Federal, onde no inciso I, estão definidas as matérias de Competência Originária do Tribunal, no inciso II, estão definidas as matérias julgadas por meio de Recurso Ordinário, e no inciso III, estão as matérias definidas para o julgamento de Recurso Especial, de causas decidias em última ou única instância de Tribunal inferior, nos seguintes termos:

> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
>
> a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
>
> b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
>
> c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Além das hipóteses de cabimento do Recurso Especial, há a possibilidade de o processo ser afetado pela sistemática de recursos repetitivos, formando o precedente de observância obrigatória conforme preceitua o art. 927 e 1.036 do CPC.

No caso das execuções fiscais, houve o Recurso Especial de nº 1.340.553-RS (Brasil, 2018b), sob relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 12/09/2018, afetado pela sistemática de Recursos Especiais Repetitivos, gerando o precedente qualificado sobre a contagem da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal, com os temas repetitivos de nº 566 a 571 (Brasil, 2018b) tendo maiores explicações no informativo de jurisprudência de nº 635. Eis o teor do acórdão:

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).
>
> 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.
>
> 2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição qüinqüenal intercorrente".
>
> 3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.
>
> 4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;
>
> 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.
> 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.
> 4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronuciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;
> 4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.
> 4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.
> 4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.
>
> 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (Brasil, 2018b).

Conforme o acórdão, o Tema 566 elucida que o prazo de suspensão do processo a ser declarado pelo juiz, inicia a partir da ciência da Fazenda Pública de que o devedor não foi encontrado e nem foram encontrados bens a serem penhorados, e em caso de ser citado, a partir da primeira diligência infrutífera de penhora de bens, o juiz declarará a suspensão do processo de 1 ano, inclusive nos casos de cobrança do crédito tributário.

O entendimento é corroborado com a súmula 314 do STJ que dispõe, “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição qüinqüenal intercorrente” (Brasil, 2007).

Nas informações do inteiro teor do Tema 566, o STJ (Brasil, 2018a) afirma que nenhum processo de execução fiscal é eterno, “[...] nessa lógica, com o intuito de dar cabo dos feitos executivos com pouca ou nenhuma probabilidade de êxito, estabeleceu-se então um prazo para que fossem localizados o devedor ou encontrados bens sobre os quais pudessem recair a penhora”.

O STJ ainda afirma que tratando-se de crédito tributário “[...] tem-se um prazo de 6 (seis) anos contados da constatação da falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) para que a Fazenda Pública encontre o devedor ou os referidos bens” (Brasil, 2018a).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Nesse momento, parece que o STJ não observou e sequer se atentou que estava firmando um lapso temporal que deveria ser editado por Lei Complementar, nos termos do Art. 146, III, "b" da Constituição Federal.

No Tema 568, o STJ aduz que "A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente" (Brasil, 2018a), tornando-se o Superior Tribunal de Justiça um grande amigo da Fazenda Pública, fixando outros marcos interruptivos da prescrição além da citação, nas diligências requeridas pela Fazenda Pública dentro da soma de 6 anos, podendo retroagir a prescrição, "[...] a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera" (Brasil, 2018a).

Becho (2021), rechaça a postura do STJ, e diagnostica que "[...] em se tratando da interrupção da prescrição do crédito tributário, não tem como fonte a lei, mas a decisão judicial (mas não no sentido do *commom law*, pois não se está aplicando a *law of the land*)".

Já no tema 570, o STJ fixou a tese de quando a Fazenda Pública alegar a nulidade ou falta de intimação, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu, com exceção da "falta de intimação que constitui o termo inicial" do Tema 566, onde o prejuízo é presumido. E no Tema 571, impõe ao magistrado que fundamente sua sentença demonstrando os marcos temporais interruptivos, suspensivos e prescricionais (Brasil, 2018a).

Ora, fica claro que a Fazenda Pública tem como aliado o Poder Judiciário, pois, se por um lado há o interesse da satisfação do crédito tributário, por outro há o interesse judiciário na efetiva prestação jurisdicional, pondo fim a processos infrutíferos, com a ressalva de, em certa parte, legislar sobre os marcos interruptivos e prescricionais a favor da Fazenda Pública, que pode se fazer valer de pedidos de diligências, que, restando frutíferas, interromperá o marco prescricional a qualquer tempo.

Ou seja, o STJ não mediu esforços em contrariar à Constituição Federal, proferindo Recurso Especial Repetitivo que supriu a ausência de Lei Complementar passando a disciplinar sobre a prescrição intercorrente do crédito tributário, atribuindo o prazo de 6 anos para a declaração da prescrição intercorrente, não se atentando sequer pela supressão do Princípio da Legalidade.

Apesar da necessidade de pôr fim em processos cuja as regras são opacas e escuras desde 1980, não cabia ao Poder Judiciário se sobrepor ao Poder Legislativo, violando o Princípio da Separação dos Poderes, da Segurança Jurídica e da Legalidade.

Fato curioso, é que o Legislador Ordinário, não mediu esforços em emprestar a sistemática insculpida pelo STJ ao Código de Processo Civil, sobre a prescrição intercorrente do crédito civil, com a Lei nº 14.195 de 2021.

A grande questão é saber até quando esse entendimento vai prevalecer, pois a manobra de conferir a interpretação do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais para regular a prescrição intercorrente do crédito tributário, nos incita a acreditar que estamos diante do Direito Jurisprudencial, quem sabe do Princípio da Jurisprudencialidade que pode se sobrepor a Carta Constitucional, e dispor sobre Lei Complementar, ultrapassar os limites do Legislador e relativizar a Legalidade, a Segurança Jurídica, a Separação dos Poderes e o Estado Democrático com a violação da representação soberana parlamentar.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe a lume a pesquisa sobre a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça ter praticado o Ativismo Judicial no Recurso Especial de nº 1.340.553-RS, que definiu os marcos temporais para a contagem da prescrição intercorrente na execução fiscal do crédito tributário, tendo como base a regulamentação de Lei Ordinária na formação do precedente vinculante em detrimento de matéria constitucionalmente reservada a Lei Complementar.

Em primeiro momento, se pôde verificar que a Constitucionalização do Direito Tributário, trouxe uma carga de princípios valorativos, dentre os quais, os positivados, que merecem respeito por serem normas constitucionais expressas, como o Princípio da Legalidade.

Conforme demonstrado, parece que com o fenômeno do Ativismo Judicial, o Poder Judiciário legisla por meio da decisão judicial, violando o Princípio da Separação dos Poderes, sobre o cunho de não ser taxado de "boca da lei", sem levar em conta que, não se trata de ser um intérprete literal do ordenamento, mas sim da observância dos limites constitucionais que o ordenamento jurídico impõe e que merecem ser respeitados.

Como bem apresentado, a Constituição Federal é severa e com comando expresso na imposição de Lei Complementar para a regulação de matérias relativas a normas gerais de direito tributário, como a prescrição do crédito tributário.

Em que pese a sobrecarga do Poder Judiciário, a sua necessidade de seu desaforamento e da respectiva Procuradoria encarregada pela cobrança do crédito, e a quase eternidade na duração dos processos de Execução Fiscal, não dão azo ao Poder Judiciário para regular a prescrição do crédito tributário por meio de precedente vinculativo, com atribuição do prazo total de seis anos para a prescrição do crédito tributário e seus respectivos marcos interruptivos.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, regulou expressamente a prescrição intercorrente do crédito tributário, que ocorre após a propositura da ação, por meio do Recurso Especial de nº 1.340.553-RS, com base nas disposições do Art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, não atentando em nenhum momento para o comando expresso do Art. 146, inciso III, alínea "b" da Constituição Federal.

Dessa forma, o STJ solapou o Princípio da Legalidade, passando por cima de matéria reservada a Lei Complementar, não se importando em suprir a lacuna legislativa, não só falando como a decisão deve ser aplicada pelos órgãos do Poder Judiciário, mas, como juiz legislador, previu comportamentos futuros, criando um verdadeiro rito jurisprudencial para o reconhecimento da prescrição intercorrente tributária.

A decisão ainda acarreta na violação do Princípio da Separação dos Poderes, ultrapassando os limites constitucionais e legais, invadindo o núcleo essencial do Legislador Ordinário, determinado pelo Legislador Constituinte.

Em que pese a sensação de Segurança Jurídica, se está diante de uma insegurança jurídica, visto que a qualquer momento o precedente pode mudar por meio da decisão de um Tribunal Superior, nascendo a norma pelo Julgador sem a participação do povo no processo de elaboração, afrontando a democracia, a soberania popular e a participação política.

Por fim, o direito nacional parece estar criando o "*commom law brasileiro*", com um sistema de precedentes que ao invés de tão somente uniformizar a jurisprudência nacional, cria um suposto "princípio da jurisprudencialidade", capaz de não observar até mesmo ao Princípio Constitucional da Legalidade, resultando em Ativismo Judicial.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Tributação e estado de direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 8, n. 22, p. 39-48, set./dez. 1978. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/136081. Acesso em: 27 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECHO, Renato Lopes. **Ativismo judicial em processo tributário**: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. *E-book*. Disponível em: https://www.livrariart.com.br/e-book-ativismo-judicial-em-processo-tributario/p. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à união, Estados e municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da fazenda pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência n. 635**. Brasília, DF: STJ, 2018a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=%270635%27.cod. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.340.553/RS**. Recurso especial repetitivo. arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-c, do cpc/1973). processual civil. tributário. sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da lei de execução fiscal (lei n. 6.830/80). Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Djalma Gelson Luiz – Microempresa. Relator: Mauro Campbell Marques, 16 de outubro de 2018b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201691933. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 314**. Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição qüinqüenal intercorrente. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 560.626/RS**. Prescrição e decadência tributárias. matérias reservadas a lei complementar. disciplina no código tributário nacional. inconstitucionalidade dos Arts. 45 e 46 da lei 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5. do decreto-lei 1.569/77 [...]. Recorrente: União. Recorrido: Consultoria Tributária Sociedade Civil LTDA.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de dezembro de 2008. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=567931 Acesso em: 23 out. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 24 out. 2022.

CUNHA JUNIOR, Dirley. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Salvador, v. 26, n. 28, p. 149-169, nov. 2016. DOI: https://doi.org/10.9771/rppgd.v26i28.18274.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação Constitucional. *In*: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; CORTIZO, Thiago Massao Teraoka (coord.). **Interpretação constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 231-253.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.49675

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A CONTRIBUÇÃO AO FUNDEINFRA – UMA NOVA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA?

THE CONTRIBUTION TO FUNDEINFRA – A NEW KIND OF TAX?

Leonardo Scopel Macchione de Paula

Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/BSB). Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e em Processo Civil pelo Damásio Educacional (DE). Presidente da Comissão de Direito Tributário da Subseção de Jataí/Goiás (2022/2024). Advogado. E-mail: leonardosmp.adv@hotmail.com.

Fábio Pallaretti Calcini

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário e Internacional. Diretor Jurídico Adjunto - Centro das Indústrias do Estado de São Paulo - CIESP. Membro da Comissão de Direito Tributário, Constitucional OAB/SP. Professor na FGV DIREITO SP. IBET. E-mail: fabio.calcini@brasilsalomao.com.br.

Como citar: PAULA, Leonardo Scopel Macchione de; CALCINI, Fábio Parllaretti. A contribuição ao FUNDEINFRA: uma nova espécie tributária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 164-181, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.49675. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 05/01/2024
Aceito em: 26/09/2024

Resumo: O estudo tem por objeto um fundo criado no Estado de Goiás, intitulado Fundo Estadual de Infraestrutura de Goiás (FUNDEINFRA), em que parte da receita é uma contribuição exigida no âmbito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente sobre algumas operações que envolvem produtos oriundos da atividade rural. O seu recolhimento é exigido como condição para ser valer de alguns incentivos fiscais, bem como para se valer do direito à imunidade do ICMS na exportação. O objetivo do estudo, através de uma pesquisa bibliográfica, será analisar qual é a sua real natureza jurídica. Para tanto, será necessário responder se tal qual é, ou não, compulsória. Ademais, será apresentado em quais operações referida contribuição, no âmbito da atividade rural, pode ser exigida. Ao final, constata-se que, na realidade, a contribuição é, de fato, compulsória, pois que, além de outros argumentos, seu nascimento se dá em decorrência da lei, independentemente da vontade do sujeito e, ao ser considerada compulsória, possui natureza jurídica tributária, sendo, na realidade, uma nova espécie de tributo e, portanto, inconstitucional, pois que violou competência tributária.

Palavras-chave: FUNDEINFRA; contribuição; ICMS; incentivos fiscais; natureza jurídica.

Abstract: The study's object is a fund created in the State of Goiás, entitled Goiás State Infrastructure Fund (FUNDEINFRA), in which part of the revenue is a contribution required under the Tax on Operations Relating to the Circulation of Goods and on the Provision of Services Interstate and Intermunicipal Transport and Communication – ICMS levied on some operations involving products originating from rural activity. Its collection is required as a condition to benefit from some tax incentives, as well as to benefit from the right to ICMS immunity on exports. The objective of the study, through bibliographical research, will be to analyze its real legal nature. To do so, it will be necessary to answer whether or not it is compulsory. Furthermore, it will be presented in which operations this contribution, within the scope of rural activity, may be required. In the end, it appears that, in reality, the contribution is, in fact, compulsory, since, in addition to other arguments, its birth occurs as a result of the law, regardless of the subject's will and, when considered compulsory, it has tax legal nature, being, in reality, a new type of tax and, therefore, unconstitutional, as it violated tax jurisdiction.

Keywords: FUNDEINFRA; contribution; ICMS; tax incentives; legal nature.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Foi em novembro do ano de 2022 que o Governo de Goiás encaminhou para apreciação junto à Assembleia Legislativa do Estado (ALEGO), dois projetos de Lei que, em resumo, visavam a criação de um fundo, denominado Fundo Estadual de Infraestrutura – FUNDEINFRA, bem como a forma de sua arrecadação. O objetivo de sua criação, segundo o próprio governo, seria investir na infraestrutura de rodovias, cujas ações envolveriam recuperação, manutenção, conservação, pavimentação, edificação e operacionalização de aeródromos (Carnevalli, 2022).

A justificativa para sua criação foi a queda na arrecadação de receitas estaduais em decorrência da limitação da alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nos combustíveis[1], que se deu com a aprovação da Lei Complementar n. 194, de 23 de junho de 2022, da qual impediu os Estados de fixaram alíquotas superior ao das operações em gerais. Já parte da fonte de sua cobrança seria uma contribuição, intitulada por alguns como sendo facultativa, a ser exigida como condicionante para fruição de determinados incentivos fiscais.

Os dois projetos, que foram aprovados sem alteração de texto, foram publicados no Diário Oficial do Estado de Goiás no dia 06 de dezembro do ano de 2022. O primeiro tornou-se a Lei n. 21.670, e foi a responsável pela criação do fundo, propriamente dito[2], estabelecendo, dentre outros pontos, a origem de suas receitas[3]. Já o segundo, que se tornou a Lei n. 21.671, alterou alguns dispositivos da Lei n. 11.651, de 26 de dezembro de 1991 (Código Tributário Estadual – CTE) a fim de autorizar seu Regulamento a condicionar a fruição de determinados incentivos fiscais ao pagamento de citada contribuição. Em seguida, o Decreto n. 10.187, publicado no dia 30 de dezembro do ano de 2022, alterou o Decreto n. 4.852, de 29 de dezembro de 1997 (que é o Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE), estabelecendo, então, quais as situações em que a contribuição poderia ser exigida para o fim de fruição de alguns incentivos fiscais, além de fixar as alíquotas, as mercadorias e a base de cálculo para sua incidência.

Referida estrutura normativa não é nova. Alguns Estados também possuem fundos similares, a exemplo do Mato Grosso, que possui o Fundo Estadual de Transporte e Habitação (FETHAB), e Mato Grosso do Sul, que possui o Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário de Mato Grosso do Sul (FUNDERSUL).

A constitucionalidade dessas contribuições vem sendo discutidas junto ao Judiciário. Em resumo, de um lado, há aqueles que defendem que tais quais são facultativas e, portanto, nada há de ilegalidade. De outro, há a defesa de que essas contribuições são obrigatórias e, se assim são, são tributos, sendo inconstitucionais, então. E aqui surge o problema: a contribuição ao FUNDEINFRA é, de fato, facultativa? É o que propomos responder. Antes, porém, iremos apresentar, de forma objetiva, quais são as operações em que referida contribuição pode ser exigida no âmbito da atividade rural, para, então, através de uma abordagem dedutiva e por meio de pesquisa bibliográfica, demonstrar sua real natureza jurídica, em especial, se se trata de uma nova espécie tributária e, se sim, se é constitucional.

1 Segundo a GOINFRA, o fundo em pauta representa uma alternativa ao déficit de arrecadação decorrente da alteração das alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS dos combustíveis. Nesse contexto, a instituição do FUNDEINFRA decorre sobretudo da redução das receitas estaduais, o que tem dificultado a manutenção dos projetos pensados para área em que a autarquia atua. Consequentemente, a necessidade de prosseguimento e evolução das políticas públicas para a circulação dos cidadãos, dos bens e dos serviços, inclusive para a produção agrícola, pecuária e mineral, motivam a busca de recursos ora proposta. Essa justificativa está presente na mensagem enviada pelo Governador do Estado de Goiás em conjunto com o PL enviado para a Alego (PL 10803/2022) (Goiás, 2022d).

2 Art. 1º Fica instituído, na Secretaria de Estado da Infraestrutura – SEINFRA, o Fundo Estadual de Infraestrutura – FUNDEINFRA, de natureza orçamentária e dotado de autonomia administrativa, contábil e financeira, para a captação de recursos destinados ao desenvolvimento econômico do Estado de Goiás, sem prejuízo das dotações consignadas em outros fundos e entidades com a mesma finalidade, e ele tem ainda os seguintes objetivos:
I – gerir os recursos oriundos da produção agrícola, pecuária e mineral no Estado de Goiás, além das demais fontes de receitas definidas nele; e
II – implementar, em âmbito estadual, políticas e ações administrativas de infraestrutura agropecuária, dos modais de transporte, recuperação, manutenção, conservação, pavimentação e implantação de rodovias, sinalização, artes especiais, pontes, bueiros, edificação e operacionalização de aeródromos (Goiás, 2022b).

3 Art. 5º Constituem receitas do FUNDEINFRA:
I – contribuição exigida no âmbito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS como condição para:
a) a fruição de benefício ou incentivo fiscal;
b) o contribuinte que optar por regime especial que vise ao controle das saídas de produtos destinados ao exterior ou com o fim específico de exportação e à comprovação da efetiva exportação; e
c) o imposto devido por substituição tributária pelas operações anteriores ser:
1. pago pelo contribuinte credenciado para tal fim por ocasião da saída subsequente; ou
2. apurado juntamente com aquele devido pela operação de saída própria do estabelecimento eleito substituto, o que resultará um só débito por período (Goiás, 2022b).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

1 DAS SITUAÇÕES EM QUE A CONTRIBUIÇÃO AO FUNDEINFRA PODE SER EXIGIDA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE RURAL

Basicamente, três são as situações em que a contribuição ao FUNDEINFRA, no âmbito da atividade rural, pode ser exigida. Em referidas situações, que a seguir serão apresentadas, exige-se o pagamento da contribuição como condição para se valer de algo, seja, por exemplo, como condição para manutenção de uma isenção, seja até como condição para se valer do direito à imunidade na exportação de determinadas mercadorias. Vejamos cada uma.

1.1 Da Exigência da Contribuição ao Fundo como Condição para Assegurar Imunidade do ICMS na Exportação de Determinadas Mercadorias Definidas no Decreto

A primeira situação, por exemplo, está bem desenhada logo no artigo 1° da Lei n. 21.671/22, que inseriu o artigo 38-A no CTE, vejamos: "Art. 38-A do CTE: A não incidência a que se referem a alínea "a" do inciso I do caput do art. 37 e o art. 38, em relação a mercadorias discriminadas em regulamento, fica condicionada à comprovação da efetiva exportação, na forma e no prazo estabelecidos na legislação tributária" (Goiás, 2022c).

A não incidência mencionada pelo *caput* do artigo é a operação que destina mercadoria para o exterior[4]. Referido artigo, então, condicionou a não incidência do ICMS na exportação de milho, soja, carne fresca e outros, desde que seja comprovado a sua efetiva exportação. Em seguida, tanto o parágrafo primeiro do artigo 38-A do CTE (inserido pela Lei Estadual n. 21.671/22), como o parágrafo primeiro do artigo 79-A do RCTE (inserido pelo Decreto n. 10.187/22), estabeleceram, respectivamente, que:

> §1º do artigo 38-A do CTE: Para o controle das operações destinadas ao exterior e a comprovação da efetiva exportação, o regulamento pode:
>
> I - exigir o pagamento do ICMS relativo a cada operação ou prestação no momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente por meio de documento de arrecadação distinto, garantida a restituição do valor do imposto efetivamente pago após a comprovação da efetiva exportação; e (Lei 21.671/22).
>
> §1º do artigo 79-A do RCTE: Para o controle das operações destinadas ao exterior e a comprovação da efetiva exportação de que trata este artigo, fica exigido o pagamento do ICMS relativo a cada operação ou prestação, no momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente, por meio de documento de arrecadação distinto, cujo comprovante de recolhimento deve acompanhar o documento fiscal que acobertar a operação, garantida a restituição do valor do imposto efetivamente pago após a comprovação da efetiva exportação (Goiás, 2022c).

Ou seja, o ICMS nas operações de exportação de milho; soja; carne fresca, resfriada, congelada, salgada, temperada ou salmourada e miúdo comestível resultante do abate de gado bovino ou bufalino; amianto; ferroliga; minério de cobre e seus concentrados e, ainda, ouro, incluído o platinado, deve ser recolhido. Porém, em substituição a referida exigência, o inciso II do §1° do artigo 38-A do CTE[5] autorizou o regulamento a instituir regime especial ao contribuinte que optar em pagar uma contribuição a fundo destinado a investimento em infraestrutura. E o regulamento assim o fez, conforme §2° de seu artigo 79-A, inserido pelo 1° do Decreto n. 10.187/2022, que, inclusive, é a primeira situação em que a contribuição ao FUNDEINFRA pode ser exigida:

> § 2º Em substituição ao disposto no § 1º deste artigo, o contribuinte pode optar pelo pagamento de contribuição ao Fundo Estadual de Infraestrutura - FUNDEINFRA, instituído pela Lei n. 21.670, de 6 de dezembro de 2022, e fica submetido a regime especial de controle de exportação, mediante termo de credenciamento celebrado com a Secretaria de Esta-

4 Art. 37. O imposto não incide sobre:
I - operações:
a) que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados;
Art. 38. Equipara-se às operações de que trata o inciso I, "a", do artigo anterior, incluída a prestação de serviço de transporte vinculada a essas operações, a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:
I - empresa comercial exportadora, inclusive "tradings" ou outro estabelecimento da mesma empresa;
II - armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro.
Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, deverão ser atendidas as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária (Lei 21.671/22) (Goiás, 2022c).

5 Art. 38-A, §1°, inc. II - em substituição ao disposto no inciso I deste parágrafo, instituir regime especial ao contribuinte que optar pelo pagamento de contribuição para fundo destinado a investimento em infraestrutura, mediante termo de credenciamento celebrado com a Secretaria de Estado da Economia, na forma, nas condições e nos prazos que dispuser (Lei 21.671/22) (Goiás, 2022c).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> do da Economia, observado ainda o disposto no § 6º também deste artigo (Lei 21.671/22) (Goiás, 2022c).

Assim, em substituição ao pagamento do ICMS na exportação de milho, soja, carne resfriada e outros, o contribuinte tem a opção de pagar a contribuição ao FUNDEINFRA, ao invés do ICMS, cujo valor será obtido através da aplicação de um percentual, previsto no Anexo XVI do próprio RCTE (Goiás, 2022a), sobre o valor da operação, conforme estabelece o §4° do artigo 79-A[6]. O percentual mínimo é de 0,5% (meio por cento), chegando até 1,65% (um vírgula sessenta e cinco por cento), a depender da mercadoria[7].

Em resumo, é essa a primeira situação prevista: em substituição ao recolhimento do ICMS na exportação sobre determinadas mercadorias, o contribuinte deve recolher a contribuição ao FUNDEINFRA, cujo percentual varia entre 0,5% até 1,65%.

1.2 Da Exigência da Contribuição no Âmbito de Algumas Operações cuja Empresa Adquirente é Substituta Tributária

O mesmo artigo 1° da Lei 21.671 de 2022 deu nova redação a alguns dispositivos do artigo 50 do CTE. O Decreto, por sua vez, através de seu artigo 2°, de igual modo, assim procedeu, alterando algumas normas que regulamentam a substituição tributária e que estão previstas no anexo VIII do RCTE.

A substituição tributária, como escreve Costa (2022, p. 247), é um mecanismo utilizado por conveniência de fiscalização e arrecadação tributária. Em se tratando de ICMS, a sua utilização é muito comum. Assim, o ente federado atribui a responsabilidade pelo pagamento do tributo a um terceiro, vinculado ao fato gerador. No caso do Código Tributário Estadual de Goiás, tal qual está prevista em seu artigo 50, onde atribui-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido na operação interna anterior (fato gerador que já ocorreu), à indústria, quando a aquisição da mercadoria é feita diretamente de estabelecimento produtor ou extrator, para utilização em processo industrial[8].

Em se tratando de aquisição por estabelecimento comercial (revenda), referido mecanismo também se aplica, desde que tal qual seja feita diretamente de estabelecimento extrator de substância mineral em estado natural ou estabelecimento produtor agropecuário, devendo, porém, a adquirente possuir o termo de credenciamento (TARE)[9].

A Lei n. 21.671/22, então, em seu artigo 1°, alterou o inciso II do §1° do artigo 50 do CTE, dispondo que o substituto tributário, ao invés de pagar o ICMS quando da entrada ou recebimento da mercadoria, poderá pagá-lo na saída subsequente por ele promovida, mesmo que isenta ou não tributada, desde que, porém, contribua para o fundo de investimento em infraestrutura, na forma definida em regulamento[10]. Já o Decreto n. 10.187/22 inseriu alguns parágrafos no artigo 2° do RCTE, reiterando que, em relação as mercadorias por ele discriminadas, o substituto tributário poderá pagar o imposto devido em referidas operações na saída subsequente, desde que, porém, recolha a contribuição. Vejamos:

> Art. 2º São substitutos tributários, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido na operação interna anterior, os estabelecimentos:

---

6 §4º O valor da contribuição para o FUNDEINFRA previsto no § 2º deste artigo deve ser obtido por meio da aplicação do percentual indicado no Anexo XVI deste Regulamento sobre o valor da operação (Goiás, 2022a).

7 (i) Cana-de-açúcar: 1,2%; (ii) milho: 1,1%; (iii) soja: 1,65%; (iv) carne fresca, resfriada e outros: 0,50%; (v) gado bovino e bufalino: 0,50% e (vi) amianto, ferroliga e outros: 1,65% (Goiás, 2022a).

8 Art. 50. Fica atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido nas operações internas anteriores, na condição de substituto tributário, observadas as disposições estabelecidas na legislação tributária, ao estabelecimento: I - Industrial, na aquisição produtos relacionados no Anexo V, efetuadas diretamente ao estabelecimento produtor, ou extrator, inclusive de suas cooperativas, para utilização como matéria-prima em processo industrial (Lei 21.671/22) (Goiás, 2022c).

9 Art. 50 do CTE, inc. II - comercial, nas aquisições efetuadas diretamente do: a) estabelecimento extrator, de substância mineral em estado natural; b) estabelecimento produtor agropecuário, desde que o estabelecimento comercial seja credenciado como substituto tributário pela operação anterior, na forma definida em regulamento

10 § 1º Na hipótese deste artigo, o imposto devido pelas referidas operações será pago pelo substituto tributário, quando: II - da saída subsequente por ele promovida, ainda que seja isenta ou não tributada, desde que: a) seja credenciado para tal fim, na forma definida em regulamento e com o atendimento das condições estabelecidas na legislação tributária; e b) nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput deste artigo, em relação às mercadorias discriminadas em regulamento, contribua para fundo destinado a investimento em infraestrutura (Lei 21.671/22) (Goiás, 2022c).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> I - industrial, na aquisição dos seguintes produtos, efetuada diretamente ao estabelecimento produtor, ou extrator, inclusive de suas cooperativas, para utilização como matéria-prima em processo industrial:
>
> [...]
>
> § 1º-C Na hipótese de substituição tributária pelo industrial, prevista no inciso I do caput deste artigo, em relação às mercadorias discriminadas a seguir, o substituto tributário pode pagar o imposto devido nas referidas operações na saída subsequente promovida por ele, ainda que seja isenta ou não tributada, desde que contribua para o Fundo Estadual de Infraestrutura - FUNDEINFRA, instituído pela Lei n. 21.670, de 6 de dezembro de 2022 (Lei n. 11.651, de 1991, art. 50, § 1º, II, 'b'):
>
> I - cana-de-açúcar;
>
> II - milho; e
>
> III - soja.
>
> § 1º-D A contribuição para o FUNDEINFRA referida no § 1º-C deste artigo incide na operação anterior e apenas uma vez.
>
> § 1º-E O valor da contribuição para o FUNDEINFRA deve ser obtido por meio da aplicação do percentual previsto no Anexo XVI deste regulamento sobre o valor da operação.
>
> § 1º-F A contribuição para o FUNDEINFRA deve ser recolhida em documento de arrecadação distinto pelo remetente da mercadoria, à vista de cada operação, no momento da emissão da Nota Fiscal de saída ou periodicamente, pelo substituto tributário credenciado para tal fim, conforme for definido em ato do titular da Secretaria de Estado da Economia (Goiás, 2022a).

Assim, em se tratando de cana-de-açúcar, milho e soja, o estabelecimento industrial adquirente recebe referidas mercadorias, retém o ICMS devido na condição de substituto, mas somente o repassará ao Estado na operação seguinte (saída subsequente), desde que, entretanto, contribuía ao FUNDEINFRA de acordo com os percentuais previstos no anexo XVI, cuja base de cálculo, como já dito, é o valor da operação. Tal sistemática se aplica, também, quando o estabelecimento adquirente é revenda (estabelecimento comercial), conforme nova redação dada pelo art. 2° do Decreto n. 10.187/2022, no parágrafo único do artigo 3° do RCE[11].

Percebe-se, portanto, que a Lei n. 21.671 e o Decreto n. 10.187/2022, alteraram, em certas situações e sobre determinados produtos, a sistemática da substituição tributária no sentido de que, a adquirente, acaso queira se valer de tal mecanismo, isto é, pagar o ICMS retido na condição de substituto tributário apenas na saída subsequente, mesmo que isenta ou não tributada, deverá recolher a contribuição ao FUNDEINFRA. É essa a segunda situação em que se autoriza a exigência da contribuição.

1.3 Da Exigência da Contribuição como Condição para Manutenção do Incentivo Fiscal de Isenção do ICMS, em Determinadas Operações

É importante, antes de mais nada, abrir um parêntese. Os incentivos/benefícios fiscais voltados para o setor da atividade rural não são medidas tomadas pelos legisladores por mera liberalidade. Pelo contrário! São medidas de cunho obrigatório, principalmente, pois, há previsão expressa no texto constitucional. Assim, como escreve Calcini (2023, p. 23), não se trata de privilégio, se não, apenas cumprir o que determina a Constituição e, ao adotar a ideia de que tal qual é suprema, todas as demais normas infraconstitucionais a ela devem respeito. Dito isso, basta ver, por exemplo, o artigo 187 da Constituição, que estabelece inúmeros preceitos voltados para a política agrária. Vejamos:

> Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:
>
> I - os instrumentos creditícios e fiscais;
>
> II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;
>
> III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;
>
> IV - a assistência técnica e extensão rural;

11 Art. 3º O estabelecimento comercial adquirente de produto agropecuário pode assumir a condição de substituto tributário mediante Termo de Credenciamento, conforme dispuser ato do Subsecretário da Receita Estadual.
Parágrafo único. O disposto nos §§ 1º-C a 1º-F do art. 2º alcança a substituição tributária prevista no *caput* na aquisição efetuada diretamente ao estabelecimento produtor (Lei 11.651/91, art. 50, § 1º, II, "b") (Goiás, 1991).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

V - o seguro agrícola;

VI - o cooperativismo;

VII - a eletrificação rural e irrigação;

VIII - a habitação para o trabalhador rural

§ 1º Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

§ 2º Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária (Brasil, 1988).

Fica claro, então, que dentre outros preceitos constitucionais voltados para a política agrícola, o legislador infraconstitucional deve, para atingi-los, apresentar instrumentos creditícios e fiscais, do qual envolve, evidentemente, a concessão de incentivos, como, por exemplo: créditos presumidos, isenções, diferimentos, redução base de cálculo etc. Trata-se, como dito, de uma medida impositiva, e conforme defende Loubet (2017, p. 75): "[...] eis a comprovação de que o constituinte tomou por certo que a manipulação da tributação para a atividade rural é um dos meios para se atingir os objetivos traçados pela Constituição".

E a necessidade de um tratamento diferenciado para o setor do agronegócio, envolvendo, dentre outros pontos, a concessão de incentivos fiscais, não se resume a previsão do artigo 187 da CF/88. Ora, já no artigo 1° do texto constitucional, mais especificamente, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana constitui pedra basilar do Estado Democrático de Direito. Portanto, como o setor do agronegócio fornece um dos elementos básicos para que a pessoa viva de forma digna, que é o alimento, tal qual deve receber um tratamento diferenciado. Sem alimento, não há vida! E é por isso que a cadeia do agronegócio deve ser menos onerada, a fim de que tenhamos alimentos em abundância e com baixo custo, respeitando, assim, referido princípio.

Além disso tudo (o que já justifica um tratamento diferenciado para o agronegócio), a alimentação constitui direito básico social, conforme artigo 6° da Constituição (Brasil, 1988). É claro, então, que a concessão de incentivos, nada mais é do que um dever por parte do ente federado, em decorrência, principalmente, destes postulados constitucionais.

E essa isenção para produtos oriundos da atividade rural foi, de fato, concedida pelo Estado de Goiás. Citamos, por exemplo, alguns incisos do artigo 6° do anexo IX do Regulamento do Código Tributário Estadual:

Art. 6º São isentos do ICMS:

[...]

LXXVIII - a saída interna, de produção própria do estabelecimento do produtor com destino à industrialização, de amendoim em grão, arroz, aveia, cacau, café em coco e em grão, cana-de-açúcar, canola, cogumelo comestível, cominho, gergelim, girassol, leite em estado natural, mamona, milho, sisal, soja e trigo, observado o seguinte.

[...]

CXVI - a saída interna de asinino, ave, bovino, bufalino, caprino, equino, leporídeo, muar, ovino, ranídeo e suíno realizada por produtor agropecuário, destinada ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor, observado o seguinte (CF/88) (Goiás, 1997).

Acontece que, em que pese referidas isenções, conforme incisos acima transcritos de forma exemplificativa, a Lei n. 21.671/22 passou a autorizar o Regulamento a condicionar a fruição dessa isenção sobre algumas mercadorias, ao pagamento da contribuição destinada ao fundo, diga-se: FUNDEINFRA:

Art. 3º:

A Lei n. 13.453, de 16 de abril de 1999, passa a vigorar com a seguinte alteração

Art. 2º .....

§ 5º Quanto à isenção de que tratam as alíneas "f", "g", "o" e "w" do inciso II deste artigo, o regulamento pode, em relação a todas ou a algumas das mercadorias ali relacionadas, condicionar a fruição do benefício fiscal ao pagamento de contribuição para fundo destinado a investimento em infraestrutura, hipótese em que o destinatário fica responsável pelo seu pagamento (Lei 21.671/22) (Goiás, 2022c).

Assim, o parágrafo quinto foi inserido pela Lei n. 21.671/2022, do qual autorizou o Regulamento a condicionar todas, ou parte das mercadorias elencadas nas alíneas "f", "g", "o" e "w" do inciso II do artigo 2° acima transcrito, ao pagamento da contribuição, para que o

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

contribuinte possa manter o direito à isenção. Foi então, através do Decreto regulamentador (Decreto n. 10.187/22), que ficou estabelecido quais mercadorias e quais operações, a contribuição ao fundo deveria ser recolhida para manutenção do incentivo fiscal. Vejamos:

Art. 3º do Decreto n. 10.187/22:

O Anexo IX do Decreto n. 4.852, de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações

Art.6º .....

LXXVIII – a saída interna, de produção própria do estabelecimento do produtor com destino à industrialização, de amendoim em grão, arroz, aveia, cacau, café em coco e em grão, cana-de-açúcar, canola, cogumelo comestível, cominho, gergelim, girassol, leite em estado natural, mamona, milho, sisal, soja e trigo, observado o seguinte

e) fica condicionada ao pagamento pelo destinatário da contribuição ao Fundo Estadual de Infraestrutura - FUNDEINFRA, instituído pela Lei n. 21.670, de 6 de dezembro de 2022, sobre as operações com cana-de-açúcar, milho e soja (Lei n. 13.453, de 16 de abril de 1999, art. 2º, § 5º);

f) o valor da contribuição para o FUNDEINFRA deve ser obtido por meio da aplicação do percentual previsto no Anexo XVI deste Regulamento sobre o valor da operação (Decreto 10.187/22) (Goiás, 2022a).

O inciso LXXVII do artigo 6° supratranscrito prevê que a saída interna, de produção própria do estabelecimento do produtor com destino à industrialização, de amendoim em grão, arroz, aveia, cacau, café em coco e em grão, cana-de-açúcar, canola, cogumelo comestível, cominho, gergelim, girassol, leite em estado natural, mamona, milho, sisal, soja e trigo, é isenta do ICMS. Porém, com a nova redação da alínea 'e' inserida pelo Decreto, as operações envolvendo cana-de-açúcar, milho e soja destinadas a industrialização, serão isentas, desde que, porém, tenha a contribuição ao fundo, cuja base de cálculo é o valor da operação, e a alíquota aquela do Anexo XVI do regulamento.

O artigo 3° do Decreto, inseriu, ainda, a alínea 'c' e 'd' no inciso CXVI deste mesmo artigo 6°. Referido inciso CXVI prevê que é isenta a saída interna de asinino, ave, bovino, bufalino, caprino, equino, leporídeo, muar, ovino, ranídeo e suíno realizada por produtor agropecuário, destinada ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor.[12] A alínea 'c'[13], porém, condicionou o pagamento ao FUNDEINFRA para que a isenção seja mantida nas operações com bovino e bufalino, cuja base de cálculo também é o valor da operação e as alíquotas, de igual modo, previstas no Anexo XVI do regulamento.

Em resumo, nas saídas internas destinadas a industrialização de soja, cana-de-açúcar e milho, e nas saídas internas destinadas ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor, de bovino ou bufalino, para que a isenção do ICMS seja mantida, deverá o contribuinte recolher a contribuição ao fundo, cuja alíquota máxima é 1,65%, sobre o valor bruto da operação. É essa a terceira e última situação onde a contribuição pode ser exigida.

2 A CONTRIBUIÇÃO AO FUNDEINFRA POSSUI NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA?

Apresentado as situações em que a contribuição ao FUNDEINFRA pode ser exigida, surge o seguinte questionamento: qual é a sua natureza jurídica? Trata-se, de fato, de uma contribuição facultativa? Ou é uma contribuição obrigatória e, em caso positivo, possui natureza tributária? É o que propomos responder no presente capítulo.

Para o presente trabalho, iremos levar em consideração o conceito de tributo previsto no artigo 3° da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, que foi o conceito recepcionado pela Constituição Federal, conforme, inclusive, defende Torres (2004). Souza; Ataliba; Carvalho (2007, p. 44), de igual modo, sustenta que a definição de tributo prevista no artigo 3°, está, à vista da ciência, correta.

12 Anexo IX do RCTE: Art. 6°, inciso CXVI: a saída interna de asinino, ave, bovino, bufalino, caprino, equino, leporídeo, muar, ovino, ranídeo e suíno realizada por produtor agropecuário, destinada ao abate em estabelecimento frigorífico ou abatedor, observado o seguinte (Decreto 4.852/97) (Goiás, 1997).

13 Art. 3° do Decreto n. 10.187/2022: c) fica condicionada ao pagamento pelo destinatário da contribuição ao FUNDEINFRA sobre as operações com bovino e bufalino (Goiás, 2022a).

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 164-181. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.49675

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Assim, tributo é, então, "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada". Dito isso, pergunta-se: a contribuição ao FUNDEINFRA é um tributo?

Para responder a referido questionamento, a maior dúvida que surge, e é a que mais causa debate em torno dessas contribuições que são similares à contribuição ao FUNDEINFRA, é: trata-se, de fato, de contribuição compulsória? Na verdade, o que define determinada prestação como sendo compulsória?

Pelo dicionário Michaelis, compulsória é aquilo que "compele ou obriga a fazer algo; obrigatório" (Compulsório, [2024]). Porém, seguindo as premissas do presente trabalho, a definição do que se entende por compulsório deve seguir critérios científicos. Dito isso, vejamos. Para Hugo de Brito Machado, deve ser feito uma distinção entre o momento do nascimento da obrigação, e o momento de seu adimplemento. O momento do adimplemento não é critério válido para definir a prestação como sendo compulsória. O momento que deve ser analisado é quando do seu nascimento, pois obrigatório será a obrigação jurídica que nasce independentemente da vontade do sujeito (Machado, 2015, p. 124).

Luciano Amaro, de igual modo, assim se manifesta, isto é, que o nascimento da obrigação tributária independe da vontade do sujeito, sendo obrigatória, portanto, o que importa, continua Amaro (2023, p. 62), é que a lei atribui a dados fatos a obrigação de recolher o tributo (*ex lege*), e o querer ou não pagar o tributo é irrelevante. Kelsen (*apud* Coelho, 1979, p. 456, grifo nosso), no mesmo sentido, explicando a diferença entre contrato e tributo, já dizia: "*En la orden de pagar um impuesto la obrigacion del contribuynte esta determinada por una norma secundaria em cuja creacion no participa el sujeto que resulta obrigado*". Paulsen (2022, p. 45), também defende que o caráter compulsório estará presente quando a vontade do sujeito passivo, na constituição da relação jurídica, independe. Carvalho (2018, p. 58), por sua vez e na mesma linha de pensamento, defende que, uma vez concretizado o fato previsto na norma jurídica, nasce, automática e infalivelmente, o elo, cujo contribuinte restará obrigado a pagar o tributo. Enfim, compulsório é quando a obrigação nasce independente da vontade do contribuinte e, ocorrido o evento, deve recolher o tributo.

E, de acordo com todas essas premissas, temos para nós que a contribuição ao FUNDEINFRA é, ao fim e ao cabo, compulsória. Vejamos.

Como já exposto, basicamente três são as situações das quais a contribuição ao FUNDEINFRA pode ser exigida. São elas: (i) como condição para assegurar o direito a imunidade do ICMS na exportação de determinadas mercadorias; (ii) como condição para que a empresa adquirente, na condição de substituta tributária, possa se valer de alguns incentivos fiscais e (iii) como condição para fruição do incentivo fiscal de isenção do ICMS, em determinadas operações.

Na primeira situação, ocorrido o evento (exportação daquelas mercadorias descritas no Decreto n. 10.187/2022, duas opções surgem ao contribuinte: pagar o ICMS ou, então, pagar a contribuição ao FUNDEINFRA para se valer do direito a imunidade do próprio ICMS. De início, percebe-se a flagrante inconstitucionalidade da exigência do ICMS em situações como tais. Isso porque, a imunidade nas exportações é direito assegurado constitucionalmente, conforme artigo 155, §2°, inc. X, alínea a da CF/88. Ou seja, condiciona-se a fruição de um direito, que já é direito da parte. Vejamos o dispositivo constitucional:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
>
> § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
>
> X - não incidirá:
>
> a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores (CF/88) (Brasil, 1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Portanto, em se tratando de operação que destine mercadoria ao exterior, o ICMS não pode ser cobrado. Na verdade, o ente federado, no caso, Estado ou o DF, sequer pode instituir o imposto. Trata-se, como dito, de regra imunizante. A imunidade, como sustenta Leandro Paulsen (2022, p. 121), é a proibição da tributação. Carvalho (1997, p. 119), com mais ênfase, escreve que a imunidade, que tem previsão no texto constitucional, estabelece, expressamente, a incompetência das pessoas políticas de Direito Constitucional Interno. Em resumo, o legislador, sobre determinadas pessoas, bens ou situações, descritas na Constituição, não pode instituir o tributo e, se assim o faz, contrariando norma constitucional, a pessoa tributada de forma indevida poderá ingressar em juízo para pleitear a invalidade da exação (Carraza, 2022, p. 565).

Dito isso, fica claro que o Estado de Goiás, ao exigir sobre determinadas mercadorias (soja, milho e outras) o pagamento do ICMS, agiu de forma manifestamente ilegal, ferindo, claramente, o texto constitucional. O fato de o §1° do art. 79-A do RCTE possibilitar a restituição do ICMS pago, acaso comprove a efetiva exportação, não retira a sua inconstitucionalidade. Ora, pois, não existe meia regra imunizante. Ou é imune, ou não é!

Ademais, além de atestar a ilegalidade de referida exigência, fica claro que a contribuição ao FUNDEINFRA, nessa primeira situação, em substituição ao pagamento do ICMS, é sim obrigatória! A uma, pois, tal qual nasceu em decorrência de lei, independente da anuência do contribuinte. Na verdade, nas três situações em que se exige referida contribuição, seu nascimento se deu em decorrência da lei, o que a torna compulsória, em consequência. Inclusive, vale transcrever parte do parecer emitido pelo professor Roque Antonio Carrazza, anexado nos autos da ADI n. 2.056, em que se discutia a constitucionalidade da contribuição ao FUNDERSUL (similar ao FUNDEINFRA), onde assentou que:

> Em nenhum momento tais pessoas são chamadas a manifestar suas vontades, acerca do "recolhimento" que, muito em breve, lhes será exigido. Noutro falar, a "contribuição" não nasceu de um acordo celebrado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e estas pessoas, mas, sim, da vontade da lei (a Lei n. 1963/99) (Brasil, 2007).

O próprio Ministro Marco Aurélio, que votou a favor da inconstitucionalidade de citada contribuição, em que pese ter sido voto vencido, partiu da mesma conclusão para defender a sua compulsoriedade, isto é, que como tal qual nasceu em decorrência da lei e independentemente da vontade do contribuinte, é obrigatória, então: "Por que é compulsória a prestação? Porque o vínculo obrigacional não nascerá da vontade dessas pessoas, mas de imperativo legal" (Brasil, 2007).

A duas, pois, entre pagar o ICMS na exportação (mesmo que de forma indevida) e pagar a contribuição ao FUNDEINFRA, qual será a "opção" do contribuinte? Evidente que a segunda, pois, trata-se de uma carga financeira bem menor. Ou seja, o contribuinte é, por questões de ordem econômica, obrigado a pagar a contribuição ao FUNDEINFRA. Ademais, essa opção prévia do contribuinte não retira o seu caráter compulsório, eis que escolhido um ou outro formato, há a obrigatoriedade de recolher. Vale, inclusive, trazer o magistério de Fernando Gomes Favacho sobre a escolha dos contribuintes em relação aos regimes simplificados opcionais. Defende ele que, de fato, o contribuinte tem a opção (vontade) de aderir a determinado regime, por exemplo, o Simples Nacional, o que não afasta a natureza tributária (Favacho, 2010. p. 113). Manifestado sua opção, ele será obrigado a pagar o tributo incidente, ou seja, não deixa de ser obrigatório, pois, o fato jurídico não é a escolha do regime (opcional), o fato jurídico, na verdade, é o regime do Simples (obrigatório).

Enfim, facultativo seria se o contribuinte efetuasse o pagamento por mera liberalidade (como se doação fosse). "Quero contribuir ao FUNDEINFRA por mera e espontânea vontade". Porém, se não contribuir, sanção alguma haverá – fato este que não acontece, pois, pergunta-se: se não houver o pagamento da contribuição ao FUNDEINFRA nas exportações, qual a consequência? Exigência do ICMS (ilegal, reitera-se), que possui uma maior carga tributária. Ou seja, trata-se de uma sanção jurídica, em decorrência do descumprimento de um dever.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Inclusive, vale a distinção entre dever e ônus. Carneluti (*apud* Grau, 1982, p. 181), para diferenciar referidos institutos, utiliza as noções de ato devido e ato necessário. Por ato devido, tem-se quando o direito exige determinado comportamento para interesse alheio, enquanto no ato necessário, a conduta exigida é para interesse próprio daquele que deve cumprir o encargo. Grau (1982, p. 181), continua sustentando que, no ônus, o vínculo imposto ao sujeito é para fruição de algo em seu próprio interesse, enquanto no dever, o vínculo é imposto àquela mesma pessoa, porém, no interesse de outrem. E registra: no ônus, o sujeito, acaso não o cumpra, fica livre de qualquer coação e também qualquer dever de indenização. *In casu*, pergunta-se: a exigência do pagamento da contribuição ao FUNDEINFRA é no interesse de quem? Daquele próprio que o cumpre (efetua o pagamento) ou no interesse de outrem? Evidentemente que no interesse do Estado (outrem), pois é o Estado quem irá auferir receita. E mais, seu descumprimento, como dito, gera sanção (exigência do ICMS).

De igual modo, na segunda situação (quando o substituto tributário retém a contribuição), também há a obrigatoriedade do recolhimento. Trata-se, na realidade, de exemplo claro de contribuinte de fato e contribuinte de direito, pois este é quem está previsto no ordenamento como responsável pelo fato imponível e que ocupa o polo passivo da obrigação tributária, no caso, a empresa adquirente, porém, é aquele (contribuinte de fato, que é o produtor rural), que arca economicamente com o encargo em si (Gassen; D'Araújo; Paulino, 2013. p. 213–234).

A compulsoriedade, nesta situação, fica mais patente. Não é dado a opção ao contribuinte de fato (no caso, o produtor) de recolher ou não a contribuição, pois a empresa adquirente (contribuinte de direito), que irá retê-la, na condição de substituta tributária, para se valer de incentivos fiscais. Isto é, além de o contribuinte de fato não possuir autonomia para escolher entre recolher ou não a contribuição, benefício algum lhe resta, se não, apenas oneração.

Por fim, na terceira e última hipótese em que a contribuição ao FUNDEINFRA pode ser exigida, também há compulsoriedade. Trata-se daquelas situações em que seu recolhimento é condição para o contribuinte se valer do direito à manutenção da isenção de 100% (cem por cento) do ICMS, em determinadas operações.

O que existe, na verdade, é a exigência de parte do próprio ICMS para que o contribuinte tenha direito à isenção do ICMS restante. Em outras palavras: pague um pouco do ICMS, que o restante será dispensado. E assim o é, pois, a RMIT da contribuição ao FUNDEINFRA é a mesma do ICMS, diferindo, praticamente, apenas a alíquota.

A Regra-matriz de incidência tributária – RIMT -, é um esquema formal onde existem critérios que, juntos, formam a norma tributária em sentido estrito. Assim, em sua estrutura, haverá a hipótese, que se alude a um fato, e um consequente, que estabelece as consequências. Na hipótese, serão três critérios: material (comportamento), condicionado no tempo – critério temporal e no espaço – critério espacial, enquanto no consequente, dois serão os critérios: sujeitos (ativo e passivo) e quantitativo (base de cálculo e alíquota) (Carvalho, 2018, p. 256). Assim, ao preencher referidos critérios, é possível construir a norma de incidência fiscal, ou seja, se acontecer o fato X, *deve-ser* o comportamento Y. Vejamos, então, um paralelo entre a RMIT do ICMS e da contribuição ao FUNDEINFRA:

Quadro 1 - Critério da regra-matriz de incidência tributária

HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA	**ICMS**	**FUNDEINFRA**
Critério material	Realizar operação jurídica relativa à circulação de mercadoria	Nesta terceira situação, realizar a operação jurídica de circulação (venda) interna, de soja, milho e cana-de-açúcar para indústria ou bovino/bufalino para abate em frigorífico ou abatedor
Critério espacial	Qualquer operação dentro do Estado Goiás	Qualquer operação dentro do Estado de Goiás
Critério temporal	Momento da transferência de titularidade da mercadoria	Momento da transferência de titularidade da mercadoria

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSEQUENTE		
Sujeito Ativo	Estado de Goiás	Estado de Goiás
Sujeito passivo	A pessoa física ou jurídica que realiza a operação de circulação jurídica de circulação de mercadoria	A pessoa física ou jurídica que realiza a operação de circulação jurídica de circulação de mercadoria
Base de Cálculo	Valor da operação	Valor da operação
Alíquota	Entre 12% a 18%	Entre 0,5% a 1,65%

Fonte: Brasil (1988, 1996); Goiás (2022a, 2022b, 2022c).

Percebe-se, então, que a contribuição ao FUNDEINFRA, na realidade, é um ICMS reduzido, pois, toda a sua RMIT é a mesma, cuja diferença reside, além da não incidência em todas as operações (eis que o Decreto limitou a algumas mercadorias), na alíquota. Ou seja, há pagamento de parte do ICMS, para dispensar o restante do pagamento do próprio ICMS. Podemos, inclusive, trazer o magistério de Moraes (1996. p. 388-390), do qual explica sobre a criação, por parte dos Legisladores, de um adicional a tributos já existentes, isto é, a individualidade do tributo já existente é mantida (fato gerador da obrigação tributária), porém, estabelece um percentual que irá recair sobre sua base de cálculo, majorando o tributo anterior, mas que preserva a mesma espécie tributária. Finaliza dizendo que, em casos como tais, a natureza do tributo permanece a mesma – ou seja, o tributo adicional não deixa de ser tributo. Miranda (1974, p. 135), de igual modo, sustenta que o imposto adicional não é um imposto qualitativamente diferente, se não, o mesmo imposto.

Em que pese referidos magistérios tratarem sobre adicionais de impostos e, *in casu*, existe é uma redução, podemos utilizá-los de forma análoga, pois, ao fim e ao cabo, a contribuição ao FUNDEINFRA, nestes casos, é um ICMS reduzido, porém, que não deixa de ser ICMS e, portanto, de recolhimento obrigatório. Reitera-se, ademais, que a opção dada ao contribuinte também não retira a obrigatoriedade de recolhimento. Ou haverá a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS cheio, ou recolhimento do ICMS reduzido. Facultativo seria, por exemplo, se na ausência de recolhimento da contribuição ao FUNDEINFRA (ou, como aqui denominado – ICMS reduzido), consequência alguma remanesceria, o que, bem se sabe, não acontece, eis que haverá a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS com alíquota máxima. Enfim, fato é que nesta terceira e última situação, o recolhimento também é obrigatório.

Posto referidas premissas, temos, então, que nas três situações, a contribuição ao FUNDEINFRA é obrigatória e, assim sendo, tal qual possui natureza tributária, eis que: é uma prestação pecuniária compulsória, que não tem origem sanção de ato ilícito, instituída mediante lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Inclusive, para demonstrar, com maior razão, a compulsoriedade da contribuição ao FUNDEINFRA, vale mencionar a *ratio decidendi* utilizada pelo STF no julgamento do RE 556854 AM, de relatoria da Min. Carmén Lúcia. Antes, porém, vejamos a ementa:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXAÇÕES PAGAS À SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. SUFRAMA. NATUREZA JURÍDICA DE TAXA. INSTITUIÇÃO POR MEIO DE PORTARIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 24 DO DECRETO-LEI N. 288/1967 NÃO RECEPCIONADO. 1. Taxa e preço público diferem quanto à compulsoriedade de seu pagamento. A taxa é cobrada em razão de uma obrigação legal enquanto o preço público é de pagamento facultativo por quem pretende se beneficiar de um serviço prestado. 2. A Superintendência da Zona Franca de Manaus. Suframa exerce atividade afeta ao Estado em razão do disposto no art. 10 do Decreto-Lei n. 288/1967, e as exações por ela cobradas são de pagamento compulsório por quem pretende se beneficiar dos incentivos oferecidos pelo Decreto-Lei n. 288/1967, tendo, assim, natureza de taxa. 3. O parágrafo único do art. 24 do Decreto-Lei n. 288/1967, que autoriza a Superintendência da Zona Franca de Manaus. Suframa a instituir taxas por meio de portaria contraria o princípio da legalidade e, portanto, não foi recepcionado pela Constituição da Republica de 1988. (STF - RE: 556854 AM, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 30/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011) (Brasil, 2011).

O caso em questão discutia a cobrança, por parte Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, de valores para que o interessado pudesse se valer de determinados benefícios oferecidos pelo Decreto-Lei n. 288/1967. A SUFRAMA defendia que referidos valores possuíam natureza de preço público, enquanto a parte autora, Gradiente Eletrônica S/A, sustentava a natureza tributária (taxa em razão do poder de polícia).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Para ser dirimida a questão, foi posto o seguinte questionamento: referido pagamento possuía caráter compulsório ou facultativo? Se compulsório, tal qual era tributo. Se facultativo, preço público. E, ao final, o posicionamento foi de que se trata de tributo, eis que compulsório. E a razão de decidir, conforme parte do voto da Min. Relatora, foi a seguinte:

> [...] poderia a autora obter os benefícios do Decreto n. 288/67 sem utilizar os serviços da ré? A resposta que se impõe é: Não [...] assim, as cobranças efetuadas pela Superintendência da Zona Franca de Manaus não são de pagamento facultativo a quem pretende fazer uso dos benefícios da Zona Franca de Manaus (STF - RE: 556854) (Brasil, 2011).

Percebe-se, portanto, que a premissa utilizada para definir o caráter compulsório foi de que a autora, acaso não efetuasse o pagamento do valor exigido, não poderia se valer dos benefícios, sendo compulsório, então. Assim, no caso em análise, fazendo uma analogia, pergunta-se: se o contribuinte não pagar a contribuição ao FUNDEINFRA, poderá se valer dos incentivos fiscais? E a resposta é negativa, o que reitera, mais uma vez, o caráter compulsório da contribuição ao FUNDEINFRA. Se é de recolhimento obrigatório, cuja origem não é sanção de ato ilícito e, ainda, é instituída e cobrada mediante atividade plenamente vinculada, tal qual pode ser definida como sendo tributo, ou, então, tributo disfarçado ou tributo oculto, como sustenta Machado (2015, p. 165), onde o Estado, se valendo de sua soberania, impõe a prestação, fazendo-a compulsória por via oblíqua. Ataliba (2001, p. 192), com mais ênfase, sustenta que toda exigência obrigatória de cunho patrimonial deve submeter-se a ordem constitucional, e se referida exigência é em pecúnia, o regime que a ela se submete é o tributário.

3 OUTROS ARGUMENTOS RELEVANTES PARA DEFENDER A NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA DA CONTRIBUIÇÃO AO FUNDEINFRA

Podemos apresentar outros argumentos relevantes que atestam, mais ainda, a natureza jurídica tributária da contribuição ao FUNDEINFRA. Por exemplo, tanto a Lei n. 21.671/2022, como o Decreto n. 10.187/2022, que dispuseram sobre referida contribuição, alteraram o Código Tributário Estadual e seu Regulamento. Mesmo não sendo, como sustenta Barreto (2020, p. 91), um argumento definitivo, tendo em vista que a localização de um enunciado não define sua natureza jurídica, tal fator, somado a tantos outros, torna-o relevante. Isso porque, se não é tributo, por qual motivo, então, referidos veículos introdutores alteraram, justamente, a legislação estadual, e seu regulamento, que regem a tributação no estado? Ademais, se não é tributo, por qual motivo, então, tal qual é, como o próprio inciso I, do artigo 5° da Lei n. 21.670/22[14] estabelece, “exigida no âmbito do ICMS”, que é um imposto e, portanto, tributo?

Outra observação: se referido recolhimento não é obrigatório, por qual motivo, então, o artigo 2° da Instrução Normativa SEE n. 1.543, de 06 de janeiro de 2023, da qual dispõe sobre o recolhimento de referida contribuição, prevê que:

> Art. 2º A contribuição de que trata o art. 1º será efetuada pelo contribuinte credenciado para tal fim nas hipóteses e termos previstos no art. 79-A do Decreto n. 4.852, de 29 de dezembro de 1997, Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE, nos §§ 1º-A a 1º-F do art. 2º, parágrafo único do art. 3º, nos §§ 3º a 6º do art. 14 e na alínea “c” do inciso V do art. 16, todos do Anexo VIII do RCTE (SEE 1543/23 Goiás, 2023).

O artigo em questão é claro: na hipótese de a empresa adquirente ser revenda, cuja operação seja a aquisição de soja, milho e cana-de-açúcar, e desde que a mesma possua o termo de credenciamento, tal qual irá efetuar o pagamento da contribuição ao FUNDEINFRA. O §1° deste mesmo artigo ainda estabelece:

> §1º A contribuição ao FUNDEINFRA é devida, ainda, sem exigência de credenciamento do estabelecimento responsável por seu recolhimento, na hipótese de fruição dos benefícios ficais descritos nos incisos LXXVIII e CXVI do art. 6º do Anexo IX do RCTE (LEI 21.670/22) (Goiás, 2022b).

Em se tratando de aquisição de soja, milho e cana-de-açúcar por agroindústria, a contribuição ao FUNDEINFRA é devida, sem exigência do credenciamen-

14 Art. 5º Constituem receitas do FUNDEINFRA:
I - contribuição exigida no âmbito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS (Goiás, 2022b).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

to. Ou seja, tanto o *caput* do artigo, como seu parágrafo primeiro são claros a estabelecer que a contribuição ao FUNDEINFRA é devida. Por algo devido(a), conforme dicionário Michaelis, tem-se aquilo que se deve pagar, que é alvo de dívida ou obrigação. Portanto, são argumentos que, como dito, somados a tantos outros, demonstras que a contribuição ao FUNDEINFRA é obrigatória, e possui natureza jurídica tributária.

4 CONTRIBUIÇÃO AO FUNDEINFRA – NOVA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA?

Partindo da conclusão de que a contribuição ao FUNDEINFRA é obrigatória e, portanto, possui natureza jurídica tributária, a dúvida que surge é: de qual espécie? Poderíamos sustentar que a contribuição ao FUNDEINFRA é um ICMS, pois possui a mesma RMIT, apenas com o critério material e alíquota reduzidos.

Mas analisemos sobre uma outra ótica a sua regra-matriz de incidência tributária, em especial, seu critério material (verbo + complemento), qual seja: fruir (verbo) de incentivos fiscais (complemento). Em outras palavras: ao fruir determinados incentivos fiscais, deve recolher a contribuição. Ou, ao fruir do direito a imunidade na exportação, deve recolher a contribuição. Vejamos um quadro que melhor elucida o narrado.

Quadro 2 – Critério da regra-matriz de incidência tributária da contribuição ao FUNDEINFRA

HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA	
Critério Material	Fruir de determinados incentivos fiscais ou se “valer” do direito à imunidade
Critério espacial	Dentro do Estado de Goiás
Critério temporal	Depende da operação. Para se valer do direito à imunidade: no momento da exportação. Pare se valer dos outros incentivos fiscais: no momento da operação

CONSEQUENTE	
Sujeito ativo	Estado de Goiás
Sujeito passivo	Aquele que quer se valer dos incentivos fiscais ou direito à imunidade
Base de cálculo	Valor da operação
Alíquota	0,5% a 1,65%

Fonte: Goiás (2022a, 2022b, 2022c).

Seria referida contribuição, então, um novo tributo, da espécie imposto, tendo em vista que não vinculado a qualquer atuação do Estado. E, partindo dessa conclusão, de igual modo, haveria inconstitucionalidade. Isso porque a Constituição Federal bem limitou, de forma taxativa, a competência tributária. Cada ente federado, para poder criar/instituir determinado tributo, deve, inicialmente, analisar a CF/88 e verificar se esse exercício de competência está por ela autorizado.

Caso contrário, qualquer criação lá não prevista, é manifestamente inconstitucional. Não só isso. Ao instituir o tributo, além de ser necessária a autorização constitucional, o ente federado deve respeitar seu arquétipo genérico que está, de igual modo, lá traçado, sob pena de invalidade (Carraza, 2015, p. 447). Assim, pergunta-se: existe autorização para os Estados criarem um novo imposto, cujo fato gerador é a fruição de incentivos fiscais? E a resposta é negativa, motivo pelo qual, a invalidade é patente.

Inclusive, no Estado do Rio Grande do Norte, houve situação similar. Foi criado, através da Lei Complementar n. 595/2017, o Fundo de Equilíbrio Fiscal do Rio Grande do Norte – FUNDERN, que é uma contribuição, também exigida no âmbito do ICMS, cujo valor é de até 10% (dez por cento) sobre o benefício ou incentivo que o beneficiário faz jus. Ou seja, para se valer de determinado incentivo (critério material), deve haver o recolhimento dessa contribuição ao FUNDERN. Foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade pela Associação das Empresas dos Polos Industriais do Estado do Rio Grande do Norte diretamente no Tribunal daquele Estado (protocolo n. 0800001-90.2018.8.20.0000). A ação, ao final, foi procedente. Vejamos a ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DOS ARTS. 2º E 5º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 595/2017, QUE INSTITUIU O FUNDO DE EQUILÍBRIO FISCAL DO ESTADO DO RIO GRANDE – FUNDERN E, POR ARRASTAMENTO, DOS DISPOSITIVOS CORRELATOS DA PRÓPRIA LEI E DO DECRETO ESTADUAL N. 27.608/2017. DETERMINAÇÃO, POR PARTE DA MENCIONADA LEGISLAÇÃO, DE REALIZAÇÃO DE DEPÓSITO MENSAL, PELOS ESTABELECIMENTOS BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA DE APOIO AO DESENVOLVIMENTO INDUSTRI-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

AL (PROADI), NO PERCENTUAL DE 5% (CINCO POR CENTO) APLICADO SOBRE O VALOR DO BENEFÍCIO OU INCENTIVO A QUE FAZ JUS O BENEFICIÁRIO, EM FAVOR DO FUNDERN. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 92 E 98 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE EVIDENCIADA. INFRINGÊNCIA ÀS DETERMINAÇÕES QUANTO À COMPETÊNCIA PARA A CRIAÇÃO DE TRIBUTOS. SUPRESSÃO DE ISENÇÃO CONCEDIDA DE FORMA ONEROSA. OFENSA AO ART. 178 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E À SUMULA 544 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (TJRN – ADI 0800001-90.2018.8.20.0000, Relator: Des. Claudio Santos, Data de Julgamento: 26/10/2022, Data de Publicação: 04-10-202) (Rio Grande do Norte, 2022).

Um dos principais fundamentos utilizados foi de que o Estado criou um novo imposto (cujo fato gerador era a fruição de incentivos fiscais e a base de cálculo, o valor do benefício auferido), violando a competência tributária, sendo inconstitucional, portanto, em seu voto, o Relator, Desembargador Claudio Santos, valeu-se dos argumentos apresentados pela Requerente, ao assim manifestar-se:

> Oportunamente acentuou a Requerente que, no caso, se encontram presentes "todos os elementos de uma espécie tributária autônoma, qual seja, seu sujeito ativo (Estado do Rio Grande do Norte); sujeito passivo (empresas que gozem de incentivos e benefícios fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros no âmbito do ICMS); a hipótese de incidência (fruição de incentivos ou benefícios fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros no âmbito do ICMS); base de cálculo (o valor do incentivo ou benefício fiscal, financeiro-fiscal ou financeiros no âmbito do ICM); alíquota (5%, até 30 de junho de 2018, e 10%, a partir de 1º de julho de 2018) (TJRN/ADI 0800001-90.2018.8.20.0000)) (Rio Grande do Norte, 2022).

Após o Estado Requerido apresentar Embargos de Declaração, o Tribunal modulou os efeitos a fim de impedir os contribuintes de cobrarem a contribuição de forma retroativa, tendo em vista que estabeleceu como marco temporal o início da inconstitucionalidade da Lei, a data da publicação da decisão que a declarou inconstitucional.[15]

Enfim, fato é que a contribuição ao FUNDEINFRA, por ter violado a competência tributária, é inconstitucional.

15 EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRETENSÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO PARA ESTABELECER A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. POSSIBILIDADE. EFICÁCIA *EX NUNC* PARA IMPEDIR REPERCUSSÕES DE ORDEM FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA DEMASIADAMENTE ONEROSAS AOS COFRES PÚBLICOS ESTADUAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Rio Grande do Norte, 2022).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

A contribuição ao FUNDEINFRA é, na realidade, um tributo, da espécie imposto, pois não vinculado a qualquer atuação do Estado. A conclusão foi obtida levando em consideração vários fatores, em especial, de que se trata de pagamento compulsório, e não voluntário. Diga-se compulsório, pois seu nascimento se deu independentemente da vontade do contribuinte, ou, em outras palavras, se deu em decorrência da lei, sendo este, inclusive, o posicionamento do Ministro Marco Aurélio na ADI n. 2.056, quando votou (foi vencido) para afastar a alegação de facultatividade do pagamento a contribuição ao FETHAB, no Estado do Mato Grosso, contribuição essa que possui similitude com a contribuição ao FUNDEINFRA.

Não só isso. O fato de existir uma opção prévia ao contribuinte (entre pagar o ICMS cheio e pagar a contribuição ao FUNDEINFRA) não retira a compulsoriedade, pois, ocorrido o evento previsto na hipótese, há o dever de pagar e, acaso não tenha esse pagamento, o contribuinte sofrerá consequências gravosas (maior incidência da carga tributária). Além de tantos outros argumentos.

Poderíamos sustentar, também, que a contribuição ao FUNDEINFRA é um imposto da espécie ICMS. Depende da forma em que se analisa sua RMIT. Entretanto, partindo da premissa de que a hipótese de incidência é: fruir de incentivos fiscais, e o consequente, recolha a contribuição ao FUNDEINFRA, temos, então, um novo imposto e, se assim o é, tal qual é inconstitucional, por violar competência tributária. Na verdade, seja analisando a contribuição ao FUNDEINFRA como um ICMS ou como um novo imposto, em ambas as situações há inconstitucionalidade.

Entendendo que é um ICMS, há inconstitucionalidade material, por uma série de motivos, por exemplo: redução indevida de alíquota interna, violação ao princípio da não vinculação da receita de imposto à fundo, violação ao princípio da igualdade, violação a regra de imunidade na exportação e tantos outros. Registra-se que referidas violações não foram devidamente esmiuçadas no presente trabalho, pois aqui nos valemos da conclusão de que a contribuição ao FUNDEINFRA é uma nova espécie tributária, o que, de igual modo, a torna inconstitucional por violar competência tributária. E se é inconstitucional, não pode ser exigida, então.

Por fim, partindo dessa conclusão, isto é, de que a contribuição ao FUNDEINFRA é compulsória, pois que seu nascimento se deu independentemente da vontade do contribuinte, temos, também, que no caso da contribuição ao FETHAB e ao FUNDERSUL, tal qual também é compulsória, eis que são exigidas em decorrência da lei, cuja vontade do contribuinte não é suficiente para deixar de pagá-las: se não pagar, terá consequências, por exemplo, recolhimento a maior ou integral de determinado imposto (ICMS), que a princípio estaria dispensado. Facultativo seria se seu pagamento se desse não por previsão legal, mas por vontade (mera liberalidade) do contribuinte.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 164-181. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.49675

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023. Edição do Kindle.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições**: regime jurídico, destinação e controle. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2020.

BRASIL. **ADI n. 2.056**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 30 maio 2007, Tribunal Pleno. Data de Publicação: Ata n° 15, 30 maio 2007. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1773721. Acesso em: 20 dez. 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativas do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 dez. 2023

BRASIL. **Lei complementar nº 194, de 23 de junho de 2022**. Altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços essenciais os relativos aos combustíveis, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, e as Leis Complementares nºs 192, de 11 de março de 2022, e 159, de 19 de maio de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp194.htm. Acesso em: 18 dez. 2023

BRASIL. **Lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.** Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em:21 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE: 556854 AM**. Recurso extraordinário. Exações pagas à superintendência da zona franca de Manaus. Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 30 jun. 2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-195 Divulg. 10 out. 2011. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2542263. Acesso em: 21 dez. 2023.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **Tributação no agronegócio**: algumas reflexões. Londrina: Thote, 2023.

CARNEVALLI, Juliana. Governo encaminha à ALEGO projeto de lei que cria o Fundeinfra. **Agência Notícias**, Goiás, 11 nov. 2022. Disponível em: https://agenciacoradenoticias.go.gov.br/63814-governo-encaminha-a-alego-projeto-de-lei-que-cria-o-fundeinfra. Acesso em: 18 dez. 2023.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARRAZA, Roque Antônio. **ICMS**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores/Juspodivm, 2022.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O Funrural é tributo. Universidade Federal de Minas Gerias. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, n. 21, 1979. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/930. Acesso em: 20 dez.2023.

COMPULSÓRIO. *In*: MICHAELIS: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Editora Melhoramentos, [2024]. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/busca?id=nWmA. Acesso em: 20 dez. 2023.

COSTA, Helena Regina. **Curso de direito tributário**: constituição e código tributário nacional. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

FAVACHO, Fernando Gomes. **Definição do conceito de tributo**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/8932/1/Fernando%20Gomes%20Favacho.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales; PAULINO, Sandra. Tributação sobre consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. **Sequência**, Florianópolis, v. 34, n. 66, 2013. Disponível em: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p213. Acesso em: 20 dez. 2023.

GOIÁS. **Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997**. Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás. Goiânia: Secretaria de Estado da Economia, 1997. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=127568. Acesso em: 20 dez. 2023.

GOIÁS. **Instrução Normativa SEE n. 1.543 de 06/01/2023**. Dispõe sobre o recolhimento da contribuição ao Fundo Estadual de Infraestrutura - Fundeinfra. Goiânia: Secretaria de Estado da Economia, 2023. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=441276#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20recolhimento%20da,Fundo%20Estadual%20de%20Infraestrutura%20%2D%20FUNDEINFRA. Acesso em: 20 dez. 2023.

GOIÁS. **Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991**. Institui o código tributário do Estado de Goiás. Goiânia: Assembleia Legislativa, 1991. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=127513#:~:text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Tribut%C3%A1rio%20do%20Estado%20de%20Goi%C3%A1s.&text=DISPOSI%C3%87%C3%83O%20PRELIMINAR-,Art.,Tributo%20do%20Estado%20de%20Goi%C3%A1s. Acesso em: 18 dez. 2023

GOIAS. **Lei nº 21.670, de 6 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre a criação do Fundo Estadual de Infraestrutura – FUNDEINFRA e cria o Programa de Parcerias Institucionais para o Progresso e o Desenvolvimento Econômico do Estado de Goiás. Goiânia: Assembleia Legislativa, 2022b. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/106378/pdf. Acesso em: Acesso em: 18 dez. 2023

GOIÁS. **Lei nº 21.671, de 6 de dezembro de 2022.** Altera as Leis nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, Código Tributário do Estado de Goiás – CTE, nº 13.194, de 26 de dezembro de 1997, e nº 13.453, de 16 de abril de 1999, que tratam de matéria tributária. Goiânia: Assembleia Legislativa, 2022c. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/106377/pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

GOIÁS. **Projeto de Lei 10.803/2022**. Dispõe sobre a criação do Fundo Estadual de Infraestrutura - Fundeinfra. Goiânia: Assembleia Legislativa, 2022d. Disponível em: https://opine.al.go.leg.br/proposicoes/2022010803. Acesso em: 10 dez. 2023.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

GOIÁS. Secretaria de Estado da Economia. **Decreto nº 10.187, de 30 de dezembro de 2022**. Altera o Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás. Goiânia: Secretaria de Estado da Economia, 2022a. Disponível em: https://appasp.economia.go.gov.br/legislacao/arquivos/Decretos/D_10187.htm. Acesso em: 20 dez. 2023.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a Distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 77, 1982. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950. Acesso em: 20 dez. 2023.

LOUBET, Leonardo Furtado. **Tributação Federal no Agronegócio**. São Paulo: Noeses, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1974. v. 3.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional. **ADI 0800001-90.2018.8.20.0000.** Ação direta de inconstitucionalidade. impugnação dos Arts. 2º e 5º da Lei Complementar Estadual n. 595/2017, que instituiu o fundo de equilíbrio fiscal do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Des. Claudio Santos, Data de Julgamento: 26 out. 2022, Data de Publicação: 04 out. 2022. Disponível em: https://pje2gconsulta.tjrn.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam. Acesso em: 22 dez. 2023.

SOUZA, Rubens Gomes de; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. **Comentário ao código tributário nacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O conceito constitucional de Tributo**. São Paulo: USP, 2004. Moodle. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5663928/mod_resource/content/1/Ricardo%20Lobo%20Torres%20-%20O%20conceito%20constitucional%20de%20tributo.pdf. Acesso em: 19 dez. 2023.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.47476

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NATURAL E URBANO: O DESRESPEITO DA DIGNIDADE HUMANA DOS DESLOCADOS URBANOS DO VALE DO ARICANDUVA

THE DEGRADATION OF ENVIRONMENT NATURAL AND URBAN: THE DISRESPECT OF HUMAN DIGNITY OF URBAN DISPLACED PEOPLE OF ARICANDUVA VALLEY

Luis Delcides Rodrigues da Silva

MBA em Planejamento Tributário pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Pós-Graduado "lato sensu" em Marketing e Comunicação Integrada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado em Jornalismo pelas Faculdades Integradas Alcântara Machado (FIAM). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Constitucional da Sociedade da Informação do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Jornalista. E-mail: luisdelcides@gmail.com.

Catia Rejane Mainardi Liczbinski

Doutorado em Ciências Sociais pela UNISINOS. Mestrado em Direito, Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professora nos cursos de Direito, Relações Internacionais e Administração. Professora em cursos de Pós-Graduação. Coordenadora de Grupos de Pesquisa. Pesquisadora. E-mail: catia.prof.rejane@gmail.com.

Como citar: SILVA, Luis Delcides Rodrigues da; LICZBINSKI, Catia Rejane Mainardi. A degradação do meio ambiente natural e urbano: o desrespeito da dignidade humana dos deslocados urbanos do Vale do Aricanduva. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 182-195, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.47476. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 07/02/2023
Aceito em: 09/04/2025

Resumo: O artigo analisa a situação da degradação ambiental no vale do rio Aricanduva, afluente do Rio Tietê, em razão da adequação para o ambiente urbano. O objetivo deste estudo é compreender as diversas mudanças em meio ao comportamento hidrológico e o estímulo ao bandeamento do ecossistema citadino, que resultam em sérios problemas ambientais. Nesse sentido questiona-se: há um deslocamento urbano-ambiental dos sujeitos, devido à falta de planejamento adequado ao relacioná-los com as mudanças de comportamento hidrológico, especialmente após as canalizações no Vale do Aricanduva? Este estudo conclui sobre a ocorrência de violação e desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana dos deslocados em razão dos transtornos ao meio ambiente urbano do entorno do Vale do Aricanduva. O método escolhido é o dedutivo, por meio da pesquisa qualitativo-bibliográfica através do levantamento de matérias jornalísticas, artigos, bibliografia, além da legislação e a doutrina concernente ao tema.

Palavras-chave: deslocados; dignidade humana, meio ambiente urbano; Vale do Aricanduva.

Abstract: This paper analyzes the situation of environmental degradation in the valley of the Aricanduva River, a tributary of the Tietê River, due to its adaptation to the urban environment. The aim of this study is to understand the various changes in hydrological behavior and the stimulation of the banding of the city ecosystem, which result in serious environmental problems. Is there an urban-environmental displacement of the subjects, due to the lack of adequate planning when relating them to the changes in hydrological behavior, especially after the canalizations in the Aricanduva Valley? This study concludes that the principle of the dignity of the human person of those displaced has been violated and disrespected as a result of the disturbances to the urban environment around the Aricanduva Valley. The method chosen is deductive, using qualitative-bibliographical research through a survey of news articles, articles, bibliographies, as well as legislation and doctrine on the subject.

Keywords: displacement; human dignity; urban environment; Aricanduva valley.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Um dos mais importantes afluentes do Rio Tietê, o Aricanduva, passou por inúmeras intervenções e seu curso natural foi desrespeitado com tais canalizações, cujo intuito é dar sentido e um aspecto de ordenamento ao caos urbano da metrópole.

Logo, os investimentos feitos pelo poder público ao atrair investimentos resultaram na exploração imobiliária e no intenso adensamento da região e no consequente desrespeito ao meio ambiente.

A região, durante o período de intensas chuvas, sofre com os alagamentos. Os moradores, além de perderem móveis e eletrodomésticos, têm dificuldades com a venda dos imóveis e temem pela perda de investimentos, especialmente ao mencionar sobre o financiamento de longo prazo para aquisição das edificações residenciais.

Este trabalho apresentará a problemática do deslocamento das pessoas no ambiente urbano em razão das alterações da Bacia do Aricanduva no sentido de ocorrer ou não o ferimento do princípio da dignidade humana, bem como a degradação ambiental como um sistema amplo ocorrido com as alterações da Bacia.

O objetivo geral deste estudo será apontar as mudanças de comportamento hidrológico devido às canalizações do rio, desrespeitando seu curso natural ao estimular o deslocamento urbano-ambiental e os prejuízos para os deslocados, ferindo o direito à dignidade humana dos mesmos.

Em relação aos objetivos específicos será verificado como as enchentes dos bairros lindeiros do rio Aricanduva afetam as residências e afligem as famílias que investiram por tantos anos, com longas parcelas de financiamento e o temor da perda financeira.

Justifica-se a escolha do tema, ao observar-se uma crescente valorização da região, especialmente com a instalação de hipermercados, atacarejos e grandes lojas de mobiliários e automóveis, embora a economia brasileira passe por um momento de retomada, principalmente ao tratar sobre um movimento pós-pandemia.

A metodologia escolhida para este estudo é o dedutivo, por meio da pesquisa qualitativo-bibliográfica através de livros, matérias jornalísticas, artigos, dissertações de mestrado sobre a temática proposta, além da consulta a legislação e doutrina pertinente.

Na primeira seção será traçada uma linha histórica do que foi o vale do Aricanduva, especialmente durante os anos 1960 e 1970, quando gerações utilizavam das lagoas naturais para banho, suprir necessidades básicas e as intervenções do poder público com as canalizações, especialmente da região da Penha em direção a região do Jardim Maria Luiza.

Em seguida, a abordagem será sobre os deslocamentos ambientais urbanos, principalmente após as canalizações e as enchentes afetaram diversas moradias, especialmente com as medidas paliativas tomadas pela Prefeitura de São Paulo e o desrespeito ao curso natural do rio ao permitir edificações e a urbanização desenfreada.

Depois, na sequência, será exposta a situação dos Direitos Humanos dos deslocados ambientais urbanos, principalmente ao mencionar a respeito do desenvolvimento crescente dos processos de urbanização e industrialização do Brasil e como isso compromete a dignidade dessas pessoas.

1 OS BANHOS DE RIO E AS CANALIZAÇÕES

Fonte de água potável durante os anos 1970, o rio Aricanduva foi um espaço para lazer e diversão da comunidade local. De acordo com Carvalho (2019) a área onde se encontra o Shopping Aricanduva havia uma grande quantidade de lagoas, bicas e minas d'água e no início da urbanização das áreas compreendidas como Jardim Maringá, Jardim Marília, Jardim Fernandes e Jardim Eliane a população utilizou essas reservas para suprir necessidades básicas.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Também haviam regiões com água limpa nas proximidades no Jardim Nove de Julho e Cinco de Julho, em São Mateus. Os moradores desciam até o Aricanduva para banhar-se, se divertir, além de buscar água para as necessidades básicas.

A primeira intervenção do poder público no Aricanduva aconteceu em 1963, durante a administração do Prefeito Prestes Maia (1896-1965) e, consequentemente, foi completada parcialmente pelo Prefeito Olavo Egydio Setúbal (1923-2008) ao entregar uma obra para milhões de pessoas, com a finalidade de atender bairros populosos como Itaquera, Penha e São Miguel (Oliveira, 2019).

As canalizações do Aricanduva foram feitas em meio às precarizações urbanas, principalmente ao processo de periferização (Kobayashi, 2010, p. 40) que agravaram as questões ambientais, especialmente pelo crescimento de residências precárias, com baixa estrutura ao fazer referência a região de São Mateus.

É importante mencionar sobre a prosperidade após o avanço da canalização do Aricanduva durante os anos de 1984 com a administração Mário Covas (1930-2001) e com a participação do Governo do Estado de São Paulo, em 1989-1987 na construção do denominado Anel Viário Metropolitano.

Com as obras de melhoria da região do Vale do Aricanduva, na busca da prosperidade, ao mesmo tempo se intensificam os processos de gentrificação em meio a inauguração dos grandes centros comerciais, como o complexo comercial do Shopping Aricanduva.

Também, a nova centralidade ocasiona a valorização das áreas vizinhas, a reorganização das atividades e a expulsão daqueles que não podem pagar pelo seu preço. Desse modo, conforme o entendimento de Bataller e Botelho (2012, p. 12) em relação ao aperfeiçoamento do conceito de gentrificação tem-se que: “A gentrificação está profundamente enraizada na dinâmica social e econômica das cidades e, boa parte desse acontecimento é determinado pelo contexto local: os bairros, os agentes e atores urbanos, as funções dominantes da cidade e a política governamental local”.

Esse fenômeno reforça a chegada de grandes centros de compras e, em vez de promover a dignidade e melhores condições de vida, afasta o cidadão ao aumentar o preço dos produtos, e isto é uma forma de impedir a permanência desses sujeitos nesses bairros do vale do Aricanduva. A contribuição de melhoria, ao ser repassada para esses moradores, provoca mais o desequilíbrio financeiro e social dessas famílias.

Conforme o entendimento de Bataller e Botelho (2012, p. 12) há outras consequências percebidas pela gentrificação: 1) O elevado preço da moradia renovada e não renovada; 2) a redução das taxas de ocupação das moradias (o número de habitantes por residência); 3) A densidade da população; 4) Transformação progressiva da modalidade de ocupação por aluguéis, em vez da propriedade - possuída por grupos de alta renda que transformam a estrutura econômica e física de tais áreas.

Assim, o papel chave dos impactos causados pela gentrificação é a mudança de características dos moradores da região, além da adaptação legal promovida pelas prefeituras, ao reconfigurar o Plano Diretor da cidade em atendimento aos anseios dos investidores.

Tradicionalmente, a gentrificação é conhecida como uma teoria baseada na demanda - em meio ao marco do pós-industrialismo - deriva-se de processos recíprocos de reestruturação econômica, sociocultural e demográfica. Assim, a gentrificação se dá quando esta diferença é suficiente para assegurar lucro econômico.

Desse modo, há um aproveitamento ocasional, por parte de corretores de imóveis e empreendedores imobiliários, ao oferecer moradias adaptadas e reabilitadas para as classes médias nos centros urbanos (Bataller; Botelho, 2012, p. 12).

Com isso, reforça o papel gentrificador e segregador das canalizações dos córregos da cidade. Essas medidas intervencionistas, por parte do poder público, não têm aspectos de prevenção e combate às enchentes. É uma forma de criar demanda, provocar a fuga de sujeitos do aumento do custo de vida, além do reajuste de taxas e tarifas públicas - sempre com o objetivo de gerar lucro econômico, seja pela valorização dos imóveis e a chegada de novos moradores.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Ao produzir uma rediferenciação da paisagem cultural, social e econômica, a gentrificação adquire seu próprio desenvolvimento e suas características particulares em cada área onde ocorre (Bataller; Botelho, 2012, p. 21-23). Assim, ocorrem mudanças nos padrões de consumo e, consequentemente, o aparecimento de estabelecimentos comerciais ao demonstrarem maior poder aquisitivo e a preferência dos novos habitantes.

Desse modo, há um reforço da exclusão, especialmente dos menos abastados, com renda baixa e sem condições de se manter após a melhoria do sistema viário e da infraestrutura do entorno da região. Implica também na valorização das áreas e no aumento da circulação de pessoas e os novos pontos comerciais.

Além das questões ambientais ligadas às ocupações irregulares, os espaços livres - projetados pelo então prefeito Olavo Egydio Setúbal no final dos anos 1970 e início dos anos 1980 - construídos e pensados para escoamento da água, foram ocupados de forma irregular com o intuito de deteriorar com maior intensidade a paisagem urbana da região do vale do Aricanduva.

1.1 O PLANO VIÁRIO E O DESRESPEITO AOS RECURSOS NATURAIS

Os fundos de vale, considerados os pontos mais baixos de um relevo e com a função de escoar as águas pluviais, de acordo com Brocaneli e Stuermer (2008, p. 150) foram vistos pelo então prefeito paulistano Prestes Maia, nos anos 1930, em seu Plano de Avenidas como a solução para a ampliação do sistema viário urbano.

Logo, o plano do mencionado prefeito, beneficiou apenas os motoristas e seus veículos, e o sistema hídrico da cidade foi duramente penalizado com esse ideário do mandatário municipal e trouxe complicações para a drenagem da capital paulista (Brocaneli; Stuermer, 2008, p. 150).

Ao trazer a compreensão de Santos e Ferreira (2015, p. 161) a cidade é um órgão vivo e encontra-se em constante transformação e movimento. Nesse sentido, é impossível avaliar, ou planejar sem compreender cada elemento integrador e as suas características sociais, físicas, culturais, políticas e econômicas.

Por isso, não faz sentido traçar um plano de avenidas ao aproveitar áreas consideradas subutilizadas, com o intuito de promover desenvolvimento e favorecimento da ocupação econômica dos espaços. Só reforça a exclusão de sujeitos, tira a tranquilidade dessas famílias e causa insegurança com o trânsito de outras pessoas nesses locais.

Assim, o planejamento torna-se crucial para a configuração do espaço urbano. Não é negar o espaço urbano, como fizeram os antigos chefes de governo, através da influência do capital para forçar movimentos gentrificadores, mas uma produção da cidade preocupada com os interesses sociais (Santos; Ferreira, 2015, p. 164).

Nesse sentido, para Brocaneli e Stuermer (2008, p. 150), ao mencionar sobre a verve lucrativa por parte do Poder Público na transformação do espaço urbano, descreve sobre o completo aniquilamento da vegetação nessas mudanças da paisagem dos bairros da Cidade de São Paulo, especialmente ao mencionar o recorte desta pesquisa ao mencionar sobre o Vale do Aricanduva.

Da mesma forma que a cidade de São Paulo, como um todo, desrespeitou a natureza ao não conservar seus rios e córregos, também os prefeitos desrespeitaram, com as suas vontades de realizar e o desempenho em satisfazer os desejos de uma classe econômica pujante ao esconder os recursos naturais em grossas tubulações sob a terra.

2 O MEIO AMBIENTE URBANO E O DESENVOLVIMENTO: CONSEQUÊNCIAS SOCIOAMBIENTAIS

A Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 regulamenta a Política Nacional do Meio Ambiente e, de acordo com o seu artigo 3º entende-se como: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (Brasil, 1981).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Referir-se ao meio ambiente é falar do ambiente, ou seja, de todo o espaço em que está inserido o ser humano e todos os demais seres vivos que habitam o Planeta. Ambiente é o todo, é a natureza, a flora, a cultura, o urbano e o social e suas interações existentes.

É necessário pensar no ambiente natural como a natureza composta do solo, árvores, animais, água e outros. O ambiente construído é o artificial, no qual estão os edifícios, cidades, shoppings, são as cidades e suas alterações.

Também existe a percepção do ambiente cultural, que conforme disposto na Constituição Federal e leis ambientais, refere-se aos patrimônios imateriais culturais de um povo ou grupo social como as manifestações artísticas e o ambiente do trabalho que se configura todo e qualquer ambiente das atividades profissionais, laborais (Brasil, 1988).

No Brasil, na Constituição Federal de 1988, a proteção e defesa do meio ambiente no artigo 225 da Carta Constitucional de 1988 e o meio ambiente urbano é protegido pelo artigo 182, *caput* desta lei maior posteriormente regulamentado pela Lei nº 10.527, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), um importante instrumento criado para estabelecer as diretrizes gerais de proteção do ordenamento urbano e visa coibir a degradação ambiental na busca de cidades sustentáveis, com a adequada gestão ambiental (Brasil, 1988, 2001).

É importante compreender que as cidades se diferenciam dos demais sistemas naturais ainda pela sua dinâmica social e econômica, observando-se que nos países em desenvolvimento é presente as diferenças e desigualdades que refletem na forma urbana, principalmente nas periferias das grandes cidades.

O crescimento acentuado da população e das cidades, não acompanhado do devido crescimento da infraestrutura urbana tem resultado em cidades desiguais. As cidades passam a ser “divididas”, gerando assim uma cidade formal e outra informal num mesmo espaço, cujas inter relações são cada vez mais complexas e conflituosas.

Mundialmente é crescente o processo de urbanização é uma realidade intensa, que modifica rapidamente a dinâmica das cidades. No Brasil, esse fato iniciou-se em meados do século XX sob a influência de diversos fatores, como a migração rural urbana e a explosão da industrialização nas grandes cidades.

Nesse sentido, ao apresentar a compreensão de Abiko e Moraes (2009, p. 6), em relação a alta aglomeração populacional nas cidades, essa concentração da população nas áreas urbanas interfere no meio-ambiente natural, principalmente de três formas: a) pela utilização do solo natural como solo urbano, b) pela utilização, extração e esgotamento dos recursos naturais, c) pela disposição dos resíduos urbanos.

Conforme novas cidades são constituídas e as atuais se expandem, a terra agrícola e os habitats naturais como as matas, os campos, as encostas e os mangues se transformam em habitações, estradas, indústrias, etc. A população urbana e suas atividades econômicas requerem recursos que excedem, em muito, o que a própria cidade pode fornecer. Desta forma a cidade passa a necessitar de alimentos, água e energia provenientes de outros lugares. Adiciona-se a isso a necessidade de dispor os resíduos por ela produzidos, que não conseguem ser absorvidos pelo ecossistema local (Abiko; Moraes, 2009, p. 7).

Diante da urbanização sem planejamento nas cidades, áreas impróprias como morros são utilizadas para construções irregulares o que é fator para gerar tragédias diante das chuvas e enchentes, provocando o deslocamento das pessoas.

2.1 Deslocamentos Ambientais Urbanos

Há diversos aspectos a serem discutidos em relação aos deslocamentos ambientais urbanos, principalmente ao mencionar sobre as últimas enchentes na região do vale do Aricanduva.

Os “Deslocados Ambientais” e os desastres são problemas cada vez mais comuns no mundo globalizado, pois, encontram-se diretamente relacionados às

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ações humanas na sociedade complexa e as Mudanças Climáticas. Para diminuir essa situação é preciso identificar os efeitos destas calamidades em face das pessoas que necessitam serem deslocadas diante dos seus acontecimentos. Também, é necessário compreender qual o espaço destinado aos "Deslocados Ambientais" na atualidade. Identificando os problemas comuns que envolvem os deslocados e as calamidades, pode-se, pensar e criar estratégias soluções destas consequências.

Na obra "Deslocados Ambientais", de El-Hinnawi (1985, p. 4), há um entendimento melhor acerca destes sujeitos atingidos pelas enchentes. Assim, compreende-se:

> [...] aquelas pessoas que foram forçadas a abandonar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, por causa de uma acentuada destruição ambiental (Natural e/ou Desencadeada por seres humanos) que coloque em risco a existência e/ou afete seriamente a qualidade de vida "tradução nossa"[1].

Essa concepção consegue englobar as mudanças e/ou migrações realizadas pelos indivíduos, em virtude das alterações climáticas que vêm ocorrendo no planeta Terra, de forma coagida. Ocorre o deslocamento ambiental no mundo em razão dos efeitos das mudanças ambientais globais, originárias em decorrência dos desastres puramente naturais, desmoronamentos, alagamentos, erupções vulcânicas, tsunamis e furacões, das atividades humanas, como acidentes industriais, e, também, da combinação destes dois - como nos episódios da chuva seguida de deslizamentos, terremotos, tsunamis e acidente em usina nucleares e outros.

Diante dessas situações, é preciso considerar a sobrevivência humana em face da degradação criada por si própria. Especificamente em relação ao meio ambiente urbano, é nítida a percepção das construções irregulares em morros, dos desvios de rios de forma incorreta, da ocupação de lugares como banhados e outros de preservação.

No caso do Vale do Aricanduva o que ocorreu com o avançar das obras de canalização e construção da avenida no final dos anos 1970 e 1980, o curso natural do rio foi desrespeitado, a vegetação foi suprimida por imensas camadas de terra, asfalto e o tráfego pesado de veículos forçou o deslocamento de vários moradores para regiões mais periféricas da cidade de São Paulo.

Com isso, os deslocados ambientais, diferentemente dos demais imigrantes, não buscam o seu deslocamento por vontade própria, mas sim, são obrigados a abandonar os seus lares em face dos mais diversos contextos climáticos que transcendem suas intenções.

A falta de planejamento urbano por parte dos Municípios acaba sendo um dos motivos para que continuem ocorrendo os deslocamentos. Importante destacar que a obrigatoriedade da aplicação do Estatuto das Cidades que prevê o planejamento urbano é recente, bem posterior ao surgimento das cidades.

A prefeitura de São Paulo, como uma solução paliativa e numa demonstração de "cuidado" com o munícipe, resolveu espalhar placas de advertência em boa parte da extensão da Avenida Aricanduva, para avisar aos transeuntes e motoristas, em caso de chuvas fortes, evitar trafegar pela avenida e pelas ruas circunvizinhas ao rio. Existem vários imóveis nas regiões lindeiras ao rio com placas de venda e outros abandonados.

Nesse aspecto, referente ao direito à moradia e ao meio ambiente, é necessário a compreensão dos Direitos Humanos, principalmente sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, esta reconhece o direito de todo o indivíduo à proteção de direitos essenciais em relação à dignidade da pessoa humana.

Ao fazer uma interpretação extensiva sobre a mudança do clima e as suas consequências diretas sobre os direitos humanos, aplica-se, também, a ocupação desordenada e o adensamento atabalhoado das grandes cidades. Para Cournil e Mayer (2017, p. 68):

> As mudanças ambientais que geram migrações podem afetar o gozo de inúmeros direitos, por exemplo, o direito à vida, à saúde, à alimentação, assim como direitos parcialmente

1 Texto original: "as those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life" (El-Hinnawi, 1985, p. 4).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> reconhecidos – o direito a um ambiente saudável e ao desenvolvimento. A migração pode também trazer desafios para a proteção do direito à habitação, à propriedade, à segurança e à não discriminação, entre outros.

Não basta apenas fazer referências ao meio ambiente quanto às questões ligadas ao bioma. É necessário abordar sobre as questões urbanas, principalmente ao espaço urbano. Para Liczbinski e Riva (2018), a exploração imobiliária e a ausência de uma política ambiental adequada, ao respeitar os recursos naturais, melhoram a qualidade de vida do indivíduo.

Isso porque a situação, ao envolver as pessoas obrigadas a se deslocar em razão de infortúnios ambientais, pode se tornar uma das principais crises vivenciadas pela humanidade, uma vez que o número de indivíduos deslocados de seu local de origem em razão dos efeitos das mudanças climáticas tende a crescer nas próximas décadas. (Liczbinski; Riva, 2018, p. 23-59).

As construções desordenadas, a falta de disposição de áreas livres às margens das principais avenidas, especialmente a ausência da vegetação lindeira próximo aos rios, estimula a não impermeabilização do solo. Por isso, a preocupação dos moradores e comerciantes em períodos chuvosos.

A intensa urbanização brasileira, principalmente ao mencionar sobre a ocupação desordenada do solo e o desrespeito aos espaços livres para escoamento da água da chuva, gerou uma desordenada expansão das cidades, especialmente as que compõem as regiões metropolitanas ao fazer destaque as capitais dos Estados.

É importante perceber que os riscos dentro do ambiente urbano que resultam muitas vezes na situação do deslocamento das pessoas, ocorrem em razão do equivocado pensamento humano de dominação, poder sobre o meio ambiente, por exemplo a ocupação dos espaços como banhados para grandes empreendimentos, visando o lucro sem a percepção da forma errônea que o ser humano passa a manipular e querer controlar a natureza, compromete o próprio sentido civilizatório.

No entendimento de Aquino, Paletta e Almeida (2017, p. 26) os riscos ambientais urbanos são provenientes do uso e ocupação desordenada do solo urbano. Por ser uma responsabilidade municipal acerca do ordenamento e disciplina do uso do solo urbano, o município organiza os riscos urbanos, conhecer as localizações e planejar as medidas de mitigação e controle.

Para a resolução dos problemas é necessário conhecimento adequado, tanto por parte do Poder Público quanto dos ocupantes do espaço urbano. Ao fazer menção ao que acontece na região do vale do Aricanduva, há uma ausência de interferência da prefeitura municipal quanto à exploração imobiliária e a venda ilegal de lotes em regiões de várzeas.

Dessa forma, no entendimento de Aquino, Paletta e Almeida (2017, p. 26), ao tratar acerca de uma solução adequada para o controle ambiental:

> A correta resolução dos problemas exige recursos científicos, entretanto, para o controle ambiental são também necessárias decisões políticas que envolvem a população. Cada situação deve ser analisada e adaptada às condições físicas, sociais, políticas e econômicas existentes.

Isso reforça a importância de uma medida assertiva por parte do Poder Público, principalmente ao tratar sobre o planejamento das grandes cidades de forma abrangente. Também é necessária uma análise aprofundada de cada situação, de forma pormenorizada, ao adaptar às condições físicas e sociais de cada espaço urbano.

Ao tratar sobre o conceito de vulnerabilidade, indica uma condição de estado ou futuro, é indispensável a compreensão das características de uma pessoa, especialmente de um morador ao verificar as suas condições de sobrevivência e a possibilidade de se manter no local.

Nesse sentido, ao trazer a compreensão de Beck (2011, p. 24), sobre a utilização econômica da natureza; “[...]... O processo de modernização torna-se “reflexivo”, convertendo-se a si mesmo em tema e problema”. Dessa forma, o adensamento urbano, a modernização da arquitetura, sem respeito ao espaço urbano ocupado de forma desordenada, torna-se um obstáculo e força os deslocamentos ambientais urbanos.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

3 O DESRESPEITO DA DIGNIDADE HUMANA DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS URBANOS DO VALE DO ARICANDUVA

Em todos os lugares, no âmbito interno do Brasil ou Mundo, existem leis, acordos e tratados internacionais, aspirando a Dignidade Humana, ou seja, a qualidade de vida da sociedade em todos os aspectos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, dispõe em relação à Dignidade da Pessoa Humana e a Cidadania. Todas as atividades do Poder Público na integralidade de suas esferas, possui dentre as suas finalidades a implementação totalmente do direito urbano voltado à eficácia dos princípios constitucionais (Brasil, 1988). Cidades com qualidade de vida, inclui segurança em todos os sentidos e almeja-se uma cidade sustentável.

Nesse sentido, a dignidade humana é o princípio norteador para a busca de todos os demais direitos como sociais. A política urbana e suas condutas de desenvolvimento, necessitam estar definidas de maneira a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Para garantir o princípio da Dignidade da pessoa Humana, conforme o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, no âmbito urbano, é necessário superar vários problemas urbanos que ocorrem em várias escalas.

A urbanização no Brasil ocorreu de forma desestruturada, principalmente em razão da industrialização tardia, que resultou no crescimento desordenado das cidades, bem como a ação humana no ambiente natural, marcada pela ausência de políticas de planejamento e pela desobediência das legislações ambientais, resultou em um cenário urbano caracterizado pelas agressões ao meio ambiente.

Sem dúvidas, o crescimento desordenado das cidades brasileiras foi primordial para a intensificação dos problemas ambientais urbanos locais, como a poluição da água e do solo.

O Brasil é um país que apresenta graves problemas em termos de saneamento básico. As políticas de tratamento de resíduos sólidos ainda são insuficientes, fato que se traduz, inclusive, na formação de lixões. Já os problemas relacionados à poluição do ar, visual e sonora estão atrelados às zonas mais densamente povoadas, como em cidades médias e grandes, além de zonas industriais.

Por sua vez, nas grandes cidades brasileiras, há a recorrência de fenômenos como a inversão térmica e as ilhas de calor. Nas grandes metrópoles do país, como São Paulo, esses fenômenos são muito comuns e frequentemente registrados pela mídia. O crescimento exacerbado das cidades, a ausência de áreas verdes e os grandes níveis de poluição são os principais elementos disparadores desses fenômenos.

As enchentes e os deslizamentos de terra são problemas urbanos extremamente comuns nas cidades brasileiras. Esses fenômenos são registrados desde cidades pequenas até as grandes metrópoles, em especial durante o verão. A ocupação desordenada dos centros urbanos, marcada pela instalação de equipamentos nas margens dos rios e nas encostas, resulta em grandes desastres naturais, frequentemente divulgados pela mídia.

Os mencionados problemas ambientais ocorrem em grande escala em várias regiões brasileiras e, também, resultam da grande desigualdade social presente na sociedade brasileira. A ausência de políticas de distribuição de renda, construção de habitações populares e de criação de áreas de proteção ambiental também influenciam na recorrência desses problemas. Os deslizamentos de terra causam sérios problemas.

Esses problemas e outros não elencados não favorecem o respeito do ser humano no ambiente urbano. Não trazem qualidade de vida, pelo contrário, a questão econômica dos deslocamentos afeta a saúde física e psicológica. Especialmente as perdas das identidades relacionadas ao *locus* e a sua moradia.

Além dos prejuízos ambientais urbanos como a perda da qualidade do ar, da água e do solo, a alteração das estruturas biológicas desses sistemas ambientais,

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

além da redução da biodiversidade e do impacto no habitat de diversas espécies. Sendo assim, há uma grande perda em termos ambientais, cenário que merece preocupação, em especial devido ao conjunto de adversidades climáticas vivenciadas na atualidade.

Por sua vez, os problemas ambientais também provocam muitas perdas econômicas e humanas. A chuva ácida, por exemplo, impacta diretamente nas plantações agrícolas, enquanto o trânsito produz uma perda de qualidade de vida e de produtividade dos trabalhadores. Por sua vez, a poluição ocasiona a ocorrência de diversas doenças, desde moléstias de veiculação hídrica até problemas respiratórios. Já as enchentes e os deslizamentos, provocam um grande número de perdas de vidas humanas todos os anos.

De acordo com a Ficha Informativa nº 25 (ACNUDH, 2005, p. 8), a prática da desocupação forçada resulta no afastamento involuntário desses sujeitos de suas casas, o deslocamento para outras áreas. Elas são motivadas por projetos de desenvolvimento de infraestruturas idealizadas e edificadas pelo Estado - projetos de infraestrutura energética, estradas, transporte público e iniciativas de embelezamento das cidades ou realojamento em massa.

Com isso, o poder público, por diversas vezes, está ativamente envolvido no próprio afastamento das pessoas dos seus lares. Em outras situações, as pessoas podem fugir por razões de protecção e segurança pessoal (embora o Governo possa ser totalmente responsável por não ser capaz de impedir as condições de insegurança) (ACNUDH, 2005, p. 10).

O crescente desenvolvimento dos processos de urbanização e industrialização do Brasil no decorrer dos anos, sem o controle adequado, resultaram em inúmeros problemas como a poluição do ar e da água, aumento do consumo de energia, utilização dos recursos naturais de maneira desequilibrada, saneamento, tratamento e disposição inadequados do lixo, desmatamento, além da deterioração de qualidade de vida e saúde da população de modo geral forçando principalmente em grandes centros urbanos o deslocamento ambiental, pois a degradação e deterioração do meio ambiente podem ganhar proporções de modo a inviabilizar a sobrevivência e subsistência de indivíduos ou comunidades em seus locais de origem.

Essa insegurança, incerteza diante do deslocamento compromete gravemente o modo de vida dessas pessoas e viola seus direitos humanos, desrespeitando principalmente a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Constituição Federal Brasileira de 1988, que garantem legalmente a Dignidade Humana.

Nesse sentido, é incabível fazer um recorte simplório sobre as enchentes do Aricanduva como um problema de degradação urbana. Ao atentar-se a redação do artigo 225 da Constituição Federal[2] é importante compreender sobre a compreensão de “meio ambiente”. Assim, o meio urbano, a remoção de recursos naturais, também interfere no clima (Brasil, 1988).

As catástrofes ecológicas se apresentam como um dos principais fatores de deslocamento humanos (Capdeville, 2017, p. 88). Nesse sentido, o transbordamento de um rio extenso como o Aricanduva é considerado uma catástrofe ecológica e ela é resultante da degradação e da falta de respeito aos recursos naturais.

Por isso a necessidade de uma atenção adequada por parte do poder público municipal, especialmente em obediência às competências comuns, conforme disposto na Constituição Federal em seu artigo 23, inciso VI[3], na proteção do meio ambiente e dos recursos naturais (Brasil, 1988).

Nesse ponto, ao mencionar sobre a competência comum estabelecida na Carta Magna, não cabe um recurso natural como as lagoas localizadas na região do Jardim Ipanema, onde está o Shopping Aricanduva ter sido destruído em nome do consumo desenfreado e da exploração desenfreada do capital humano.

2 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; (Brasil, 1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Ao mencionar a frase de Beck (2011, p. 73) o olhar do empreendedor ao construir um mega complexo comercial como um Shopping Center está apenas nas *vantagens produtivas*, não na preservação do meio ambiente em si. Não é ir na contramão do progresso, mas é chamar a atenção para um olhar cuidadoso com o meio ambiente.

Todos esses avanços construtivos, sem respeito aos recursos naturais e a preocupação capital-expansionista do empreendedorismo focado no universo consumista, sacrificam o meio ambiente, especialmente a natureza. Ao trazer a compreensão das Cartas do Apóstolo São Paulo aos Romanos[4], "a natureza geme dores de parto".

O que de um lado gera efeitos; por outro lado, gera doenças (Beck, 2011, p. 73). Há angústias infindáveis com aquelas pessoas vitimadas pela imposição do poder do capital, cujo qual incide com toda a força sobre a natureza. Aqueles beneficiados com os recursos naturais, com a brincadeira, o lazer e a vista bonita da janela, foram "contemplados" com a mudança visual, edificações gigantescas, movimento de veículos e barulho intenso.

Ao fazer menção ao relatório da Assembleia Geral das Nações Unidas, durante a sua resolução em 30 de janeiro de 2014, ele reconheceu as catástrofes naturais como importante causa de deslocamentos internos e as mudanças climáticas como fatores que agravaram os efeitos dos riscos naturais (Beck, 2011).

Com isso, ao fazer o recorte nas mudanças climáticas, a intervenção humana, especialmente na construção de imponentes edificações, grandes avenidas, onde a canalização desrespeita todo o curso natural dos rios e a permissividade do poder público municipal ao permitir edificações em áreas de mangue ou reservas de água naturais, também é considerado uma importante causa de deslocamentos urbanos.

Colocar casas à venda, perda de recursos ao fazer investimento em um imóvel em uma área de risco é ir contra a primeira dimensão dos Direitos Humanos – a liberdade e a vida. Para Capdeville (2017, p. 91), há uma unanimidade ao mencionar sobre a intensificação das catástrofes ecológicas como aumento dos deslocamentos humanos.

Ao tomar como empréstimo a compreensão da autora em relação as mudanças dos sujeitos e o abandono dos imóveis em regiões de alto risco de inundações, como o vale do Aricanduva, há uma inquietação e uma tomada de soluções paliativas como a construção de reservatórios para abrigar as águas da chuva.

Logo, é necessária uma abordagem mais adequada por parte do poder público municipal, estadual e Federal, com foco nos Direitos Humanos desses sujeitos e proporcionando uma mínima segurança jurídica, principalmente para essas pessoas adquirirem imóveis em regiões com condições dignas e satisfatórias de vida.

4 Romanos 8:19-22 - A natureza criada aguarda, com grande expectativa, que os filhos de Deus sejam revelados.
20Pois ela foi submetida à inutilidade, não pela sua própria escolha, mas por causa da vontade daquele que a sujeitou, na esperança
21de que a própria natureza criada será libertada da escravidão da decadência em que se encontra, recebendo a gloriosa liberdade dos filhos de Deus.
22Sabemos que toda a natureza criada geme até agora, como em dores de parto (Romanos, [2024]).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a problemática do artigo referente às mudanças ambientais e o deslocamento urbano-ambiental dos sujeitos, questiona-se se isso ocorreu pela à falta de planejamento adequado, com a alteração do comportamento hidrológico, especialmente após as canalizações no Vale do Aricanduva, bem como a violação da dignidade humana dos deslocados?

Nesse sentido, o objetivo deste estudo compreende as diversas mudanças em meio ao comportamento hidrológico e o estímulo ao bandeamento do ecossistema citadino, que resultam em sérios problemas ambientais.

Desse modo, o presente estudo conclui que há violação e desrespeito da dignidade humana dos deslocados em razão dos transtornos no meio ambiente urbano do entorno do Vale do Aricanduva, pois uma vez não realizado um planejamento adequado do entorno, quando tem-se intensas chuvas, ocorrem os alagamentos, enchentes, causando graves prejuízos às populações ali residentes que se vê obrigada a abandonar suas casas.

É necessário também compreender que as diversas mudanças ocorridas por meio do comportamento hidrológico e o estímulo ao deslocamento urbano-ambiental, implicam em sérios problemas ambientais causados pela intervenção humana no curso natural do rio Aricanduva.

A dignidade desses sujeitos é duramente afetada por causa das canalizações do rio. Embora com os trabalhos de alargamento da margem do rio e a construção de piscinões, há um deslocamento urbano-ambiental dos sujeitos, principalmente dos antigos moradores ao sofrerem as consequências de um processo de gentrificação.

Dessa forma, o artigo buscou trazer uma reflexão muito importante em relação ao grave problema dos deslocados ambientais urbanos e as consequências ambientais para as populações que são atingidas e que possuem seus direitos humanos violados.

Contudo, os bairros lindeiros ao leito do rio Aricanduva, sofrem muito com as enchentes, especialmente no período mais intenso das chuvas. O transbordamento do rio invade as pistas da Avenida Aricanduva, especialmente a região entre a Rua Júlio Colaço e a Avenida Itaquera, onde foram construídas 4 pistas - duas sentido bairro e outras duas sentido centro - afetam bairros próximos, sacrificando inúmeras famílias e comerciantes.

Portanto, há muita aflição, especialmente por parte das famílias que investiram por tantos anos, ao adquirirem seus imóveis pagando extensas parcelas de financiamento e, após uma nova cheia do curso d'água natural, os sujeitos temem pela perda financeira depois de um denso investimento.

O presente estudo conclui que a desordenada urbanização nas regiões à margem do Vale do Aricanduva - principalmente a falta de respeito aos espaços projetados para a impermeabilização do solo projetados pelo prefeito Olavo Egídio Setúbal - alteram a estabilidade da superfície do rio, ao causar mais danos aos moradores dos bairros vizinhos ao leito do rio, aumentando os prejuízos financeiros, emocionais e também ao meio ambiente.

Em relação aos problemas enfrentados pelos "Deslocados Ambientais", é perceptível que são inúmeros. São desde os problemas ecológicos gerados em virtude da sua má alocação por parte dos governos, até o desenvolvimento de novos "Deslocados Ambientais", graças aos conflitos gerados, pelos mais diversos problemas, nos locais em que foram realocados.

Conforme o exposto no estudo, o Vale do Aricanduva é uma das tantas regiões no Brasil, que sofrem com a falta adequada de planejamento urbano. A falta desse interesse resulta em uma falta de apoio por parte dos Estados nos dias anteriores aos fatos quando ocorrem as previsões meteorológicas ou no momento dos fatos.

Destaca-se, a respeito desta falta de apoio dos Estados, ainda, o fato de que os governos em situações de desastres e que envolvam deslocados, se limitam apenas a auxiliar e assistir, pura e simplesmente, durante o evento catastrófico

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

e nos primeiros momentos emergenciais, cabendo a populações o dever de estar preparado para enfrentá-los, em face da omissão.

É importante que na elaboração das políticas públicas, como o Plano Diretor, esses aspectos ambientais, como alterações dos cursos dos rios sejam sempre analisados, por que o ambiente é "o todo", é o conjunto de interações no qual o ser humano está incluído, nesse sentido, é preciso dimensionar as consequências para o ser humano na questão da obrigatoriedade dos deslocamentos e sua proteção. O Poder Público é o responsável por essas análises e para proteger todo o ecossistema. Não se pode admitir omissões, ou desrespeito ao direito de todos: um ambiente com qualidade de vida, respeitando todas as formas de vida.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 182-195. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.47476

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ABIKO, Alex; MORAES, Odair Barbosa. **Desenvolvimento urbano sustentável**. São Paulo: Departamento de Engenharia de Construção Civil, 2009. (Texto Técnico). Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4866123/mod_resource/content/0/TT26DesUrbSustentavel.pdf. Acesso em: 27 dez. 2022.

ACNUDH – ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Ficha Informativa n. 25**: a desocupação forçada e os direitos humanos. Lisboa: ACNUDH, 2005.

AQUINO, Afonso Rodrigues D.; PALETTA, Francisco C.; ALMEIDA, Josimar Ribeiro D. **Risco ambiental**. São Paulo: Blucher, 2017. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788580392401/. Acesso em: 20 out. 2022.

BATALLER, Maria Alba Sargatal; BOTELHO, Maurilio Lima. O estudo da gentrificação. **Continentes**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 9-37, jul./dez. 2012. Disponível em: https://www.revistacontinentes.com.br/index.php/continentes/article/view/5. Acesso em: 3 abr. 2024.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.257/2001**. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes para a política urbana, com foco no uso da propriedade urbana em benefício do bem coletivo, segurança, bem-estar dos cidadãos e equilíbrio ambiental. Brasília, DF: Senado Federal, 2001. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/659167#:~:text=Cidade%20%3A%20Lei%20n.-,10.257%2F2001,dos%20cidad%C3%A3os%20e%20equil%C3%ADbrio% 20ambiental. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.

BROCANELI, Pérola Felipette; STUERMER, Monica Machado. Renaturalização de rios e córregos no município de São Paulo. **Exacta**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 147-156, jun. 2008. DOI 10.5585/exacta.v6i1.799.

CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. A proteção dos direitos humanos dos deslocados ambientais internos vítimas de catástrofes ecológicas. In: JUBILUT, Liliana L.; REI, Fernando Cardozo F.; GARCEZ, Gabriela S. (ed.). **Direitos humanos e meio ambiente**: minorias ambientais. São Paulo: Manole, 2017. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455753/. Acesso em: 20 out. 2023.

CARVALHO, Gabriela. Águas do Aricanduva: antes do shopping, bairros cresceram na região ao redor de lagoa. Agência Mural, São Paulo, 23 dez. 2019. Disponível em: https://www.agenciamural.org.br/historia-do-aricanduva-e--marcada-por-lagoas-e-bicas-antes-da-chegada-de-shopping/. Acesso em: 19 out. 2022.

COURNIL, Christel; MAYER, Benoit. Benefício dos migrantes ambientais. *In*: JUBILUT, Liliana L.; REI, Fernando Cardozo F.; GARCEZ, Gabriela S. (ed.).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Direitos humanos e meio ambiente: minorias ambientais. São Paulo: Manole, 2017. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455753/. Acesso em: 20 out. 2022.

EL-HINNAWI, Essam. **Environmental refugees**. Nairobi: Unep, 1985.

KOBAYASHI, Marcia Yoko. **As enchentes do Rio Aricanduva (MSP) e a construção de conhecimentos no ensino de geografia**. 2010. Dissertação (Mestrado em Geografia Humana) –Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-16092010-104604/publico/2010_MarciaYokoKobayashi.pdf. Acesso em: 19 out. 2022.

LICZBINSKI, Cátia Rejane Mainardi; RIVA, Leura Dalla. A tutela jurídica dos refugiados ambientais: o caso haitiano e o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. **Metodista**, Ribeirão Preto, v. 18, n. 35, p. 161-181, jul. 2018. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/index. Acesso em: 27 dez. 2022.

OLIVEIRA, Abrahão. Uma obra para milhões de pessoas. **São Paulo em Foco**, São Paulo, 27 abr. 2019. Disponível em: https://www.saopauloinfoco.com.br/a-historia-da-avenida-aricanduva/. Acesso em: 19 out. 2022.

ROMANOS, **8:19-22**. *In*: BÍBLIAON: Bíblia sagrada online. São Paulo: 7Graus, [2024]. Disponível em: https://www.bibliaon.com/versiculo/romanos_8_19-22/. Acesso em: 3 abr. 2024.

SANTOS, Douglas Parreira; FERREIRA, Idelvone Mendes. Planejamento urbano do conceito a prática: o caso das enchentes no município de Franca (SP). **Revista Nacional de Gerenciamento de Cidades**, São Paulo, v. 3, n. 14, p. 159-175, 2015. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/b677/6d039f6aaa5561410d551f9f70ee7ab514db .pdf. Acesso em: 19 out. 2022.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.48678

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

O DESAFIO DE NORMALIZAÇÃO DAS CIDADES INTELIGENTES BRASILEIRAS

THE CHALLENGE OF REGULATING BRAZIL'S SMART CITIES

Gabriela Giaqueto Gomes

Doutoranda em Direito pela FCHS - UNESP (2022). Mestra em Direito pela FCHS - UNESP (2020). Graduada em Direito pela FCHS - UNESP (2017). Professora de Direito na Anhanguera Educacional. Professora visitante na Faculdade de Direito de Franca. Professora bolsista na UNESP. Parecerista da Revista Inova Jur. Assistente Jurídica de Gabinete no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Conciliadora no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Diretora do Núcleo do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM) de Franca (SP). Revisora de textos acadêmicos. Advogada. E-mail: gabrielagiaquetog@gmail.com.

Soraya Regina Gasparetto

Pós-doutorado pela Universidade Politécnica de Atenas (2007). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Professora Livre Docente da UNESP. Professora convidada na Pós-graduação da Universitat Autónoma Barcelona. Coordenadora do Projeto "Análise qualitativa das leis de políticas públicas para implementação do direito social à habitação", financiado pelo CNPQ. Líder de grupo de Pesquisa do CNPq "Desenvolvimento, políticas públicas e implementação dos direitos sociais no Brasil pós-1988". Avaliadora da CAPES, do CNPQ (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), FAPESP (Fundo de Apoio a Pesquisa do Estado de São Paulo). E-mail: soraya.gasparetto@unesp.br.

Como citar: GOMES, Gabriela Giaqueto; GASPARETTO, Soraya Regina. O desafio de normatização das cidades inteligentes brasileiras. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 196-211, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48678. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 01/08/2023
Aceito em: 10/11/2024

Resumo: O artigo trata do desafio de normatização das cidades inteligentes no contexto brasileiro. Estrutura-se a análise a partir da constatação das cidades enquanto instrumentos estratégicos para a condução de transformações mundiais. Diante do evidente crescimento do protagonismo das cidades, impende discutir sobre os problemas decorrentes do rápido, descontrolado e não planejado processo de urbanização, que traz consigo imbróglios de diversas ordens. A maior parte do investimento em pesquisas e projetos relacionados às cidades inteligentes ainda parte da iniciativa privada. A intervenção do Poder Público, através da normatização e criação das políticas públicas, com o fim de gerir a modificação da estrutura urbana, pode ser considerada como uma conveniente parceria, mas, também, como obstáculo para a adequação ao modelo das cidades inteligentes.

Palavras-chave: cidades inteligentes; desenvolvimento; função social da cidade; planejamento.

Abstract: This article addresses the challenge of establishing a regulatory framework for smart cities in Brazil. The analysis is structured around the recognition of cities as strategic instruments for driving global transformations. Given the evident rise in the prominence of cities, it is imperative to discuss the problems arising from rapid, uncontrolled, and unplanned urbanization, which brings with it multifaceted complexities. Currently, most investment in smart city research and projects still stems from private initiatives. While government intervention—through regulation and public policy creation—can be seen as a beneficial partnership to guide urban transformation, it may also pose obstacles to the effective adaptation of the smart city model.

Keywords: development; planning; smart cities; social function of the city.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

As cidades passam a figurar como importantes atores na política nacional e também nas relações internacionais, especialmente quando se considera que nelas se concentra, hoje, metade da humanidade. As aglomerações urbanas representam importantes desafios para a gestão pública. Há pressão por efetividade no atendimento às demandas sociais, exigindo novas abordagens para seu planejamento, projeto, financiamento, execução e operação. Isso coloca em evidência o poder das cidades em participar e ajustar as transformações mundiais através de interações específicas.

A concepção das cidades inteligentes parece caminhar nesse sentido, já que se parte de uma tríade de objetivos: questões ambientais, inovação tecnológica e desenvolvimento social. Neste artigo, será dada ênfase ao aspecto jurídico-legal da regulação, a fim de problematizar a aplicação prática das propostas das cidades inteligentes no Brasil.

O conceito de cidade inteligente surge como uma nova dimensão da gestão pública para enfrentar desafios da urbanização não planejada, que afeta o direito fundamental à moradia. A cidade inteligente depende do desenvolvimento da capacidade de aprendizagem para a inovação e replicação nos processos de gestão da dinâmica urbana, buscando implementar sistemas de informações que melhorem a disponibilidade e a qualidade das infraestruturas e serviços públicos, incrementem sua capacidade de crescimento e estimulem a inovação e o desenvolvimento econômico e social.

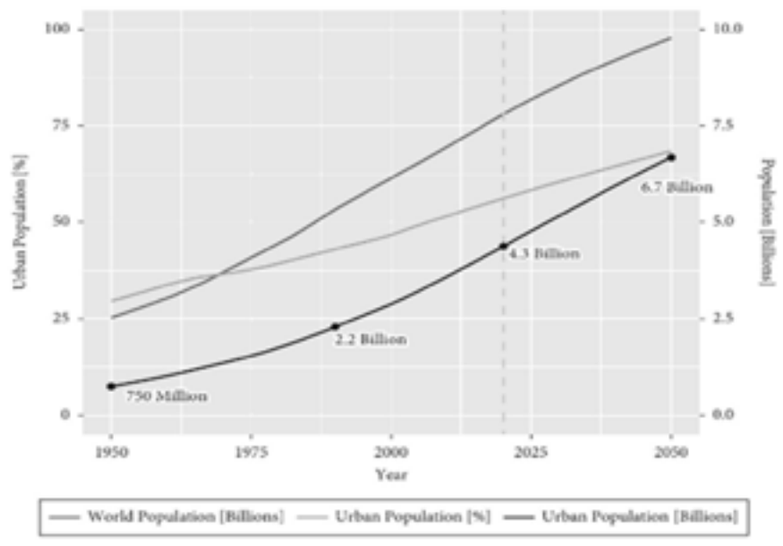
O artigo restou estruturado em três seções: na primeira parte, a proposta foi analisar e expor quais processos foram responsáveis por atrair maior atenção mundial para as questões urbanas, e que favoreceram o protagonismo das cidades sob o paradigma da urbanização. Uma vez compreendidas algumas das razões para que os governos locais fossem vistos como parte central das soluções para os problemas globais, passa-se, à segunda etapa, que problematiza o papel do direito enquanto regulador de comportamentos e difusor de ideologias, enfatizando suas relações com o sistema capitalista. Por fim, a terceira seção investiga a sistematização normativa brasileira e as políticas regulatórias que podem favorecer a implementação das cidades inteligentes.

Pretende-se, portanto, refletir sobre como a normatização das inovações em Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) pode possibilitar o enfrentamento dos desafios para melhoria da qualidade de vida.

1 O PROTAGONISMO DAS CIDADES SOB O PARADIGMA DA URBANIZAÇÃO

O acelerado crescimento das áreas urbanas, verificado nos últimos anos, têm preocupado diversos agentes, sejam aqueles envolvidos com o planejamento e desenvolvimento sustentável ou mesmo com o processo capitalista contemporâneo. Isso porque, atualmente, metade da humanidade se concentra nas cidades, e, em 2030, a projeção é que a população urbana mundial atinja os 60% (United Nations, 2018).

Gráfico – População urbana mundial entre 1950-2050



Fonte: Hirschl (2020, p. 2).

Nesse sentido, entende-se que as cidades são locais estratégicos para visualizar novas tendências que configuram a ordem social, incluindo a globalização,

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

o surgimento de novas tecnologias da informação, a intensificação das dinâmicas transnacionais e a presença fortalecida de tipos específicos de diversidade sociocultural. Porém, cada uma dessas novas tendências traz uma carga de consequências positivas e negativas para as pessoas que vivem nos centros urbanos.

A urbanização descontrolada acaba criando locais específicos para alocação de classes no espaço urbano, dando origem a processos de segregação social e degradação do ambiente, apresentando-se como espaços de acirramento das contradições da globalização (Bauman, 1999).

Assim, o protagonismo das cidades sob o paradigma da urbanização[1] envolve diversos aspectos de natureza social, econômica, jurídica, política e cultural, variando de acordo com especificidades locais, criando diferentes expressões espaciais capitalistas.

A partir do momento em que a urbanização é reconhecida como um processo implacável, torna-se necessário que o planejamento governamental e a formulação de políticas públicas abracem temas urbanos, seja em âmbito doméstico, seja em escala global.

Foi a partir da década de 1970 que a ONU passou a tratar a questão urbana como problema e, consequentemente, a inserir a temática das cidades em sua agenda. Embora houvesse referência aos problemas urbanos no documento final da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972 (Nações Unidas, 2020) e fosse possível perceber outras discussões pontuais sobre questões urbanas antes da realização dessa conferência, foi somente em 1976 que o debate multilateral sobre as cidades foi estabelecido, na realização da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, a Conferência Habitat I em Vancouver.

A Conferência Habitat I foi realizada para pensar o desenvolvimento urbano. Ocorreu entre as Crises do Petróleo de 1973 e 1979, motivo pelo qual ficou marcada por uma visão pessimista sobre o futuro das cidades (Mauad, 2011). Um dos principais dados discutidos no evento foi o crescimento vertiginoso da população urbana, chegando-se à conclusão de que a urbanização poderia ser um processo efêmero.

Entendia-se que a complexidade dos problemas urbanos poderia ser solucionada por meio de uma intervenção dos Estados, especialmente dos governos centrais, que praticamente monopolizaram a participação durante a Conferência (Ferreira, 2016). Por essa razão, o destaque das discussões voltou-se para propostas de promoção do desenvolvimento nas cidades, sem dar ênfase ao papel das cidades no desenvolvimento (Parnell, 2016).

Embora a Habitat I tenha tido relevância, especialmente sob o aspecto simbólico de seu pioneirismo, “o decurso do tempo e a evolução dos acontecimentos fazem as decisões da Habitat I soarem no mínimo ingênuas” (Alves, 2001, p. 250). A Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável passou por mais duas outras realizações, a segunda, em 1996 (Habitat II) e a Habitat III, em 2016, sendo nítidas as mudanças no discurso a respeito do papel das cidades na promoção do desenvolvimento sustentável, que também passou a considerar o aspecto econômico e social. Seguindo o fluxo das mudanças estruturais e refletindo as tendências intelectuais de áreas interdisciplinares, incluindo a Economia, o Urbanismo e a Geografia, é possível perceber modificações significativas nas premissas que embasam os novos consensos globais sobre as cidades (Menezes; Máximo, 2019).

A Conferência Habitat III figurou como parte fundamental da estrutura institucional que conformou a “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Procurou-se encontrar uma nova concepção normativa sobre o desenvolvimento sustentável, que resultou na adoção de acordos multilaterais como os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), de 2015, o Acordo de Paris, a Agenda 2030, e a Nova Agenda Urbana (NAU), resultado final da Habitat III (Menezes;

1 O “paradigma da urbanização” reflete a ideia de um modelo de desenvolvimento urbano que insere a cidade no centro das discussões, e a transforma em resposta às novas condições socioeconômicas, tecnológicas e ambientais. O termo foi adotado pelas autoras deste artigo para indicar como a urbanização implicou mudanças estruturais nas dinâmicas sociais e econômicas das cidades.

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n.1, p. 196-211. mar. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.48678

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Máximo, 2019). A redação da NAU coloca em evidência de que há um direcionamento das conclusões para todas as cidades do mundo, e não apenas àquelas do Sul Global, como era o caso da Agenda Habitat (Menezes; Máximo, 2019).

As cidades não seriam mais pensadas pura e simplesmente como local adequado para as ações de desenvolvimento, mas como vetores de mudança e partes fundamentais para moldar esse processo (Franco, 2016). Segundo o documento *Sustainable Urbanization Strategy*, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), as cidades, mesmo ocupando apenas 0,5% do total da superfície terrestre, são responsáveis por 82% do PIB mundial, produzem mais de 70% das emissões de gases de efeito estufa e consomem 80% da energia mundial (United Nations, 2016). Para além da magnitude desses números, espera-se que, até 2030, a população urbana global aumente em 1,5 bilhão de pessoas (United Nations, 2018).

A implementação da NAU deve ocorrer em paralelo e ser parte constitutiva dos ODS. Adotados em 2015 e tendo como prazo final o ano de 2030, os ODS foram desenhados para reafirmar o compromisso global com questões importantes, como a erradicação da pobreza e da fome e a garantia do acesso universal a saúde, colocar em pauta questões que eram pormenorizadas, através de metas a serem cumpridas globalmente, e, assim, suprir as lacunas dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Um de seus aspectos mais inovadores é justamente o reconhecimento dado às cidades como atores centrais para a construção de um mundo inclusivo, sustentável e justo.

Adotando como objetivo único "tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis" (MOVIMENTO NACIONAL ODS, [2024], n. 11), evidencia-se a importância do envolvimento dos governos locais para o desenvolvimento sustentável. A respeito desse ponto específico, cabe ressaltar que a própria estratégia de implementação e monitoramento dos ODS se apoia no conceito de localização, conferindo às cidades e aos governos municipais a importância fundamental de adaptarem os ODS aos contextos locais e se fazerem desta agenda global para a promoção de políticas públicas locais de desenvolvimento (United Nations, 2016).

O processo de normatização internacional das atividades vinculadas às cidades reflete a importância que elas alcançaram nessas agendas e no reconhecimento delas enquanto atores da política nacional e internacional. Essa constatação é o ponto de partida para que se possa debater sobre a importância da normatização das cidades.

2 INTERAÇÕES ENTRE O CAPITALISMO, A NORMATIZAÇÃO E AS CIDADES INTELIGENTES

As relações entre capitalismo e espaço urbano foram exploradas por Henri Lefèbvre (2001, 2008) e David Harvey (2005). O enfoque realizado por Lefebvre vai no sentido da importância do espaço como determinante das condições de vida da população, constituindo-se em uma arena de disputa constante entre a subordinação capitalista e os impulsos emancipatórios (Lefèbvre, 2008). Harvey promove uma visão mais pragmática das relações entre espaço urbano e capitalismo, buscando desvendar os mecanismos pelos quais o capitalismo busca nas cidades saídas para suas crises cíclicas por meio do estabelecimento de modalidades de urbanização e formas de apropriação da cidade (Harvey, 2005).

Lefèbvre (2001, p. 56) define a cidade como a "projeção da sociedade sobre um local". Para ele, as consequências da urbanização em muito superavam as da industrialização, e as cidades passaram a ser produzidas enquanto mercadorias. Não é novidade que as cidades são importantes para o desenvolvimento capitalista, podendo apresentar soluções virtuosas para algumas questões, como a necessidade de novos horizontes de expansão da acumulação, ou mesmo a necessidade de novos lastros para títulos financeirizados, de forma a fortalecer a dominância financeira no espaço urbano.

A proposta deste tópico é analisar o papel e a relevância do direito examinando a relação de mútua influência entre este e a economia, especialmente quando

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

se parte da perspectiva das cidades inteligentes, que demandam um convergir de energias entre os setores públicos e privados.

A dimensão urbana do capitalismo contemporâneo guia o processo de urbanização a partir da imposição de uma lógica privatista que leva a um cenário de retirada de direitos, especialmente das classes mais pobres. Ocorre conversão da terra em mercadoria plena, no sentido de que a lógica das transações que a envolvam seja estritamente motivada pela busca pela maximização dos lucros.

Nesse cenário, a normatização das cidades inteligentes assume múltiplas funções. Emerge a necessidade de discutir o papel do direito na normatização de comportamentos e difusão de ideologias. Nas palavras de Milhaupt e Pistor (2008, p. 10, tradução nossa):

> Independentemente de suas consequências diretas, a lei envia um sinal ou faz uma declaração sobre o tipo de conduta que os legisladores desejam. Tal afirmação pode ser um esforço para gerenciar normas sociais ou provocar mudanças de comportamento. A sinalização é uma função importante de qualquer regime de governança econômica, porque os mercados dependem de informações. A lei não apenas ajuda a definir as regras pelas quais a atividade econômica deve ocorrer, mas também faz uma declaração mais ampla sobre as prioridades governamentais, a direção futura das políticas públicas, a força relativa dos grupos de interesse envolvidos em um problema específico e outras informações que podem ser úteis aos atores do mercado. Frequentemente, os sinais enviados por lei podem ser mais potentes do que as próprias disposições legais.

Desse modo, ainda que determinada lei não seja efetiva ou amplamente aplicada, sua simples existência, dotada de potencial de coerção, pode influenciar comportamentos e ideologias de agentes e instituições. Este *potencial ideológico* das leis complementa suas relações com o capitalismo, que se impõe historicamente não apenas como um modo de produção e acumulação de riquezas, mas também como disseminador de valores, aptos a sustentar seu funcionamento, motivando determinadas *práticas sociais*[2].

Tal relação entre o direito e a economia envolve a possibilidade de atuação de agentes privados, no sentido da contestabilidade das leis, de alterá-las conforme fatores econômicos e políticos. Milhaupt e Pistor (2008) denominam esse fenômeno como "demanda por direito", que trata das pressões exercidas por grupos nacionais ou mesmo por organismos internacionais para mudanças legais de acordo com interesses econômicos dos envolvidos. Essa interação entre o direito e a economia política se estabelece pelos mecanismos da contestabilidade e da demanda por direito vem ganhando importância nas últimas décadas a partir do aprofundamento do processo de globalização e do estabelecimento da dominância financeira, sendo as cidades um lugar de destacada importância para a dinâmica de acumulação capitalista.

Isso indica a relevância do sistema jurídico no capitalismo. Para além das interações diretas com as regras econômicas, as conexões com a economia política, a dimensão ideológica e as relações com o território merecem destaque e revelam a multiplicidade de funções que a lei exerce na dinâmica capitalista, dentre elas, a de "estabilização do sistema" (Ribeiro, 2021 p. 123):

> Daqui resulta que o direito e as finanças mantêm uma relação desconfortável e paradoxal entre si. O direito dá credibilidade aos instrumentos financeiros, lançando sobre eles o brilho benevolente da aplicabilidade coercitiva. Mas a obrigatoriedade de todos os compromissos legais assumidos no passado, independentemente de mudanças nas circunstâncias, inevitavelmente derrubaria o sistema financeiro. Se, por outro lado, toda a força da lei for relaxada ou suspensa para dar conta das mudanças, a credibilidade, que é a base do sistema financeiro, será prejudicada (Pistor, 2013, p. 27, tradução nossa).

Para Pistor a estabilização, baseada em um sistema de obrigatoriedade e flexibilidade de leis, por sua vez, somente poderia ser alcançada a partir da homogeneização de certos institutos jurídicos e da existência de regras aplicáveis igualmente em diferentes países.

Outro ponto de destaque para a normatização vai no sentido da garantia de segurança que promove para os investidores, em um cenário em que as transações ocorrem em maiores distâncias, com maior volume e menor contato físico.

2 Os aparelhos ideológicos de Estado geram crenças ideológicas que se transformam em práticas sociais (Althusser, 1999, p. 105).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Em processos de crescente alocação de recursos em ativos financeiros securitizados, a regulação legal se torna decisiva para a homogeneidade e segurança das transações.

Também é importante mencionar o crescimento da importância assumida pelos *think-tanks*, como instrumento de propagação ideológica, que tem pautado parte relevante das leis aprovadas por países em desenvolvimento, como o Brasil. Os *think-tanks* são instituições, independentes ou filiadas a partidos políticos, governos ou corporações empresariais, especializadas em realizar a análise de políticas públicas e defender políticas, produzindo recomendações e dando instrumentalização técnico-política para decisões em diversas áreas de políticas públicas (Rocha, 2015).

As *think-tanks*, além de exercer pressão sobre o Estado para fazer valer seus interesses e interferir na realização de políticas públicas, geram conhecimento sobre temas relevantes para o desenvolvimento. Esse processo se insere no cenário de hibridização da ação pública, através das parcerias público-privadas (PPPs), que, desde a década de 1990, vinham sendo difundidas pelos *think-tanks*, a partir do entendimento da inevitabilidade da interferência privada para a qualificação dos serviços prestados pelo Estado. As PPPs foram instituídas no Brasil com a aprovação da Lei n. 11.079/2004, que favoreceu a viabilização das cidades inteligentes, com base na tese que o setor privado seria mais eficiente (Brasil, 2004).

Um exemplo de *think-tanks* no âmbito das cidades inteligentes é o laboratório criado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), que se dedica a este estudo, produzindo publicações nacionais e internacionais sobre ecossistemas de inovação e economia baseada em conhecimento. O LabChis, nome atribuído ao Laboratório de Cidades mais Humanas, Inteligentes e Sustentáveis (CHIS) possui um grupo de pesquisadores e mantém parcerias com universidades e institutos de pesquisas nacionais e internacionais, tem desenvolvido, desde 2018, o Projeto Smart Floripa (Conheça [...], 2019), buscando avaliar a *performance* de Florianópolis em inovação para apoiar a formulação de políticas voltadas à transformação da capital em uma ilha de conhecimento. Em julho de 2021 foi divulgado estudo que apresentou os avanços da cidade e as oportunidades de melhoria (Yigitcanlar *et al*., 2020).

O Ranking Connected Smart Cities, idealizado em 2015 para mensurar os níveis de desenvolvimento dos municípios, classificou Florianópolis no segundo lugar por três anos consecutivos. O estudo considera o "Conceito de Conectividade", isto é, a relação entre setores como mobilidade, urbanismo, saúde, educação, economia.

Atualmente, são duas as principais normativas que estabelecem definições e metodologias para os indicadores de cidades inteligentes: a ISO 37122, "Sustainable cities and communities - Indicators for smart cities", publicada em maio de 2019 (ISO, 2019), e a NBR 37122 Cidades e comunidades sustentáveis - Indicadores para cidades inteligentes, publicada pela ABNT em julho de 2020 (ABNT, 2020). Por sua vez, o Ranking Connected Smart Cities utiliza 75 indicadores em 11 eixos temáticos, incluindo urbanismo, economia, educação, governança, saúde, dentre outros (Ranking [2023]).

No caso de Florianópolis, cuja fonte de economia, por muitos anos, solidificou-se na maricultura e no turismo, é possível identificar um significativo progresso em atividades de conhecimento e de inovação que produzem maior agregação de valor com menor impacto ambiental.

A capital reúne fatores essenciais para tal conquista, como a presença de organizações de pesquisa e desenvolvimento, as incubadoras premiadas (CELTA, [2023]) e MIDITEC (ACATE [2023]), além do apoio governamental e de políticas públicas para o desenvolvimento econômico, institucional e social voltado à inovação (Depiné, 2021).

Também é importante mencionar o desenvolvimento de um sistema de educação superior para a especialização de recursos humanos na região, iniciado na década de 1960, com a criação da Universidade Federal de Santa Catarina. A

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

presença de universidades de ponta, formando mão de obra qualificada permite garantir padrões de escalabilidade e transferir conhecimentos adquiridos em projetos anteriores (Weiss; Bernardes; Consoni, 2013).

Como marcos normativos importantes para que Florianópolis se destacasse como uma cidade inteligente, pode-se mencionar a edição da Lei Municipal n. 2193/1985, que dispôs sobre o uso e a ocupação do solo nos balneários. Isso porque, até por volta de 1980, a economia da cidade se sustentava com base nos setores varejista, pesqueiro e empregos nos setores públicos.

Com a promulgação da referida lei, que dispôs sobre o uso e a ocupação do solo, houve um notável destaque para as áreas de interesse turístico, o que possibilitou que a cidade atraísse e retivesse talentos e investimentos, reconfigurando o perfil municipal em busca de atores da economia do conhecimento (Yigitcanlar; Costa; Marques, 2018).

Considerando o alto número de startups e empresas de tecnologias na cidade, a arrecadação de impostos passou a ser desenhada com o propósito de servir como atrativo para o estabelecimento desses organismos. A Lei Municipal n. 4913, de 1996, isentou os impostos sobre serviços e alocação de terras para as empresas estabelecidas no parque tecnológico da cidade.

A Lei Complementar n. 432, de 2012, regulamentada pelo Decreto 17.097/2017, chamada Lei Municipal de Inovação, criou vários mecanismos de estímulo, como chamadas públicas, bolsas de pesquisa e disponibilização de recursos financeiros para projetos empreendedores. Dentre os mecanismos desenvolvidos, tem-se o Programa de Incentivo à Inovação, que permite que projetos inovadores recebam parte dos impostos de incentivadores. Se os projetos apresentados forem vantajosos para o município, até 20% do ISS e do IPTU podem ser redirecionados para um projeto de impacto.

Desde 2016, Florianópolis atravessa um processo de revisão do seu Plano Diretor, a Lei Complementar n. 482, de 2014, com a realização de oficinas comunitárias e audiências públicas. No segundo semestre de 2022, a revisão do Plano Diretor foi apresentada à sociedade através de uma audiência pública, culminando na aprovação da minuta do Plano Diretor, que conta com propostas para uma cidade mais inclusiva, inteligente e sustentável (Florianópolis, 2022).

Os ajustes institucionais através de lei oferecem legitimidade democrática, já que são produtos de autoridades eleitas e também construídos a partir da participação popular, em audiências públicas. Sob o aspecto prático, a conformação legal faz com que os ajustes contem com coercibilidade.[3]

A estrutura regulatória deve estar presente em todas as esferas da cidade em relação à adoção de novas tecnologias, a fim de garantir confiabilidade e segurança. As normas podem abranger desde a criação de incentivos para empresas investirem em tecnologias avançadas, até a criação de normas que reduzam os custos de desenvolvimento e a velocidade da implantação. Também envolve atenção regulatória em relação aos riscos de privacidade e segurança cibernética. É nesse sentido que a normatização das cidades, através dos instrumentos urbanos e políticas públicas desponta como essencial para o desenvolvimento urbano.

3 A NORMATIZAÇÃO DAS CIDADES INTELIGENTES

A Constituição Federal estabelece no artigo 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Dessa forma, o Poder Público assume um papel relevante na normatização da estrutura legislativa necessária para a modificação da estrutura urbana, a fim de adequá-la ao modelo das cidades inteligentes, com o objetivo de estimular e incrementar a participação popular nas discussões sobre os destinos da cidade.

3 Para uma análise crítica da participação social em audiências públicas (Carvalho; Santos, 2020).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A gestão da cidade inteligente envolve o desenvolvimento de novos equipamentos públicos, que viabilizem a modificação da estrutura viária, de moradias, do fornecimento de serviços públicos, dentre outros. Os instrumentos jurídicos utilizados para estas atividades têm relação direta com o direito administrativo, já que envolvem licitação e contratos administrativos, contratação de servidores, funcionamento de órgãos e prestação de serviços ao cidadão.

Por tais motivos, entende-se essencial discutir como se dá a normatização das cidades inteligentes no sistema jurídico brasileiro, de modo a promover a estabilização do sistema, garantindo a difusão das ideologias que permeiam o atual contexto urbano tecnológico, garantindo um potencial de coerção sobre governantes, entes privados e a população, no geral.

A legislação urbana tem o poder de influenciar o desenvolvimento socioeconômico e ambiental. Pode atuar de maneira inclusiva ou, ao contrário, manter a concentração de privilégios, promover a segregação socioespacial ou mesmo servir de instrumento da especulação imobiliária.

A legislação urbana nacional tem diversos dispositivos instrumentos. Além das normas constitucionais sobra a política urbana e a propriedade, há o Estatuto da Cidade, a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n. 12.587, 2012), a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305, 2010), o Programa Minha Casa, Minha Vida (atualmente a Lei 14.620, de 2023), o Sistema e Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (Lei n. 11.124, 2005), a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433, 1997), a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766, 1979).

Sob o contexto da globalização e das transformações dela decorrentes, a ideia de cidade inteligente e sustentável tem aparecido como uma possível solução para questões enfrentadas, como o da urbanização não planejada e depredadora do meio ambiente, além de questões sociais, como a falta de moradia digna para a população urbana em ascensão. Ocorre que, tratando-se de um tema recente, que acompanha o processo de evolução da sociedade urbana e tecnológica, há pouca ou nenhuma unidade acerca do conceito de “cidades inteligentes e sustentáveis”, revelando a importância que se promova o debate sobre o assunto.

As cidades inteligentes surgem no contexto da quarta revolução industrial, especialmente caracterizada pelos dispositivos de internet das coisas (“Internet of Things” – IoT), que permitiram o monitoramento e gestão de diversos aspectos da cidade baseados em dados, recebidos e processados em tempo real:

> Um exemplo dessas possibilidades descortinadas (com IoT) é o poste de iluminação conectado ou inteligente, que pode também fornecer acesso à internet sem fio, anunciar alertas à população, monitorar o tráfego local de pessoas e veículos, identificar previamente regiões alagadas ou georreferenciar indícios sonoros de tiros (Júnior, F., 2021, p. 16).

Nesse sentido é que se dão as principais discussões acerca dos possíveis conceitos das cidades inteligentes, acrescentando ao meio urbano as implicações do uso intensivo de dispositivos de IoT. Uma definição para a proposta de cidade inteligente é a seguinte:

> [...] assentamento humano constituído por uma sociedade com consciência de seu papel de agente transformador dos espaços e cuja relação não se dá pela razão natureza-objeto e sim por uma ação sinérgica entre prudência ecológica, eficiência energética e equidade socioespacial (Romero, 2007, p. 51).

Ainda, a ideia de cidades inteligentes acompanha o desenvolvimento de novas tecnologias, trazendo essa realidade para o contexto urbano, tratando-se de um fenômeno relativamente recente. A Carta Brasileira para Cidades Inteligentes, lançada em 2020, é um documento político, organizado coletivamente para orientar a agenda de cidades, de acordo com as premissas da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano que adota um conceito de “cidades inteligentes”:

> CIDADES INTELIGENTES São cidades comprometidas com o desenvolvimento urbano e a transformação digital sustentáveis, em seus aspectos econômico, ambiental e sociocultural, que atuam de forma planejada, inovadora, inclusiva e em rede, promovem o letramento digital, a governança e a gestão colaborativas e utilizam tecnologias para solucionar problemas concretos, criar oportunidades, oferecer serviços com eficiência, reduzir

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> desigualdades, aumentar a resiliência e melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas, garantindo o uso seguro e responsável de dados e das tecnologias da informação e comunicação (Brasil, 2020).

A Carta representou um marco para a regulamentação das "smart cities" ao criar um padrão para as esferas públicas e privada em relação aos direitos e aos deveres de cada um na requalificação dos municípios brasileiros. Foram apresentados no documento oito objetivos para a construção de uma agenda pública, sendo que uma das principais preocupações foi a acessibilidade da população às tecnologias e ao estabelecimento de sistemas com transparência, segurança e privacidade.

O documento define, também, a "transformação digital sustentável" e o "desenvolvimento urbano sustentável":

> TRANSFORMAÇÃO DIGITAL SUSTENTÁVEL é o processo de adoção responsável de tecnologias da informação e comunicação, baseado na ética digital e orientado para o bem comum, compreendendo a segurança cibernética e a transparência na utilização de dados, informações, algoritmos e dispositivos, a disponibilização de dados e códigos abertos, acessíveis a todas as pessoas, a proteção geral de dados pessoais, o letramento e a inclusão digitais, de forma adequada e respeitosa em relação às características socioculturais, econômicas, urbanas, ambientais e político-institucionais específicas de cada território, à conservação dos recursos naturais e das condições de saúde das pessoas (Brasil, 2020).

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 976/2021 (Brasil, 2021b), fruto do estudo "Cidades Inteligentes", elaborado entre 2019 e 2020 pelo Centro de Estudos e Debates Estratégicos (Cedes), da Câmara dos Deputados, que objetiva estimular o desenvolvimento das cidades inteligentes, que aproveitam tecnologias de última geração na gestão do espaço urbano e no relacionamento com os cidadãos, com a proposta de criar a Política Nacional de Cidades Inteligentes (PNCI) e o Fundo Nacional de Desenvolvimento de Cidades Inteligentes (FNDCI).

A Política Nacional de Cidades Inteligentes (PNCI) busca definir os princípios gerais e objetivos que deverão ser seguidos pelos municípios, incluindo a inovação na prestação de serviços públicos, o respeito à privacidade, a sustentabilidade ambiental e a economia baseada no conhecimento. De acordo com a PNCI, os municípios deverão adotar planos de cidade inteligente, devidamente aprovados por lei municipal e integrados ao plano diretor local, com a obrigação de incluir os cidadãos na elaboração dos planos, responsáveis por apontar as transformações digitais que desejam ver implantadas nas suas cidades.

Na realidade socioeconômica nacional, a política de austeridade fiscal e a reduzida capacidade de os municípios financiarem o desenvolvimento urbano pelo orçamento público têm gerado "um esforço de construção de mecanismos alternativos para mobilização dos recursos necessários à expansão da infraestrutura e promoção de serviços urbanos adequados" (Massonetto, 2015). Neste cenário, as promessas em torno da cidade inteligente podem encontrar um ambiente propício.

Para viabilizar financeiramente a política, inicialmente, previa-se a criação de um Fundo Nacional de Desenvolvimento de Cidades Inteligentes, administrado por um conselho diretor, composto por representantes do governo federal, governos estaduais e municipais, trabalhadores, empresários e da comunidade científica e tecnológica, sendo abastecido por recursos advindos do orçamento federal e de outras fontes secundárias (Júnior, J., 2021). Contudo, ao passar pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, o projeto de lei foi aprovado, mas com alterações em seu texto legal, excluindo-se a criação do Fundo, para adequá-lo às exigências da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Desse modo, atualmente, não há uma definição quanto ao financiamento da Política.

Na perspectiva da dimensão da inteligência inovadora das Cidades Inteligentes, que busca a aprimoração dos produtos, processos e dos serviços urbanos, considera-se fundamental o uso de ferramentas de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), o fomento da criatividade e o desenvolvimento da inteligência artificial.

Além disso, a proposta das cidades inteligentes demanda que a administração pública e as políticas públicas urbanas sejam voltadas à sustentabilidade, à inovação e ao uso de melhores estratégias para soluções multivariadas do contexto urbano, com transparência, accountability e participação social no planejamento.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

O conceito de cidades inteligentes ganhou destaque em espaços internacionais de discussão, como o World Urban Forum e o Internet Governance Forum (Ramiro; Canto, 2021). A inclusão de um conceito tão alinhado ao setor privado em espaços institucionais e políticos da Organização das Nações Unidas (ONU) reflete a natureza dúplice da cidade inteligente, demandando um alinhamento entre o interesse público e o privado. A crescente relevância das áreas urbanas e a maior penetração de tecnologias no país, aliadas à demanda global por sustentabilidade e eficiência, colocam em destaque as relações entre os atores corporativos que impulsionam a agenda de cidades inteligentes e os municípios brasileiros.

O adequado planejamento urbano atual não depende somente da infraestrutura das cidades, mas, também, da disponibilidade e qualidade da comunicação, do acesso às informações, de capital social e intelectual, sendo que os principais aspectos que qualificam as cidades como inteligentes são: a economia e a inovação, com inovações industriais, educação e profissionalização tecnológica; a infraestrutura urbana, incluindo o transporte, a energia e segurança; e a governança, que lida com os serviços da administração em benefício do cidadão, a partir de instrumentos de democracia participativa.

Um instrumento legislativo capaz de proporcionar tratamento dos problemas urbanos, incluindo e dando seguimento à ideia das cidades inteligentes, é o Estatuto das Cidades, Lei n. 10.257, de 2001 (Brasil, 2001a). Essa lei é o marco inicial para uma sistematização normativa da gestão das cidades, buscando estabelecer normas de ordem pública e de interesse coletivo, que tem por objetivo regular o uso da propriedade urbana para o aproveitamento sustentável e adequado do espaço urbano, de modo a garantir qualidade de vida para as gerações atuais e futuras. Através do Estatuto, houve a regulamentação de instrumentos jurídicos de gestão e de participação democrática das cidades, recomendando a participação popular na elaboração dos Planos Diretores das cidades.

O art. 2º, I, do Estatuto da Cidade estabelece:

> A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (Brasil, 2001a).

Percebe-se que o Estatuto das Cidades inaugurou instrumentos de política urbana que podem reconfigurar a maneira através da qual funciona a cidade e dela usufruem os cidadãos, Entre seus instrumentos destacam-se o plano diretor, a instituição de zonas especiais de interesse social e a regularização fundiária.

O Estatuto da Cidade não olvidou da importância da gestão democrática das cidades, que deve envolver a participação social no planejamento urbano, fixando a necessidade do processo legislativo contar com, no mínimo, uma audiência pública.

Em termos de relações de poder entre atores estatais e não estatais, a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs) (Lei Federal n. 11.079/04) tem sido uma das principais prioridades do setor privado quando se trata de discutir cidades inteligentes no país. A implementação das cidades inteligentes através das parcerias público-privadas acontece por três motivos:

> O primeiro é a sustentabilidade financeira, uma vez que a maioria dos municípios do país não tem capacidade para realizar determinados projetos sem financiamento do governo federal e não possuem uma arrecadação tributária robusta, o que acaba abrindo espaço para maior investimento e envolvimento privado na tomada de decisões e oferta de serviços para os cidadãos. O segundo diz respeito à integração tecnológica: se os governos locais distribuírem suas compras de bens e serviços de cidades inteligentes entre diferentes empresas, podem enfrentar problemas de interoperabilidade. A implementação de políticas e infraestrutura de cidades inteligentes por meio de um PPP, por outro lado, ajudaria a contornar esses problemas, porque trabalharão com um único fornecedor. O terceiro motivo está ancorado nas diferentes velocidades nas quais os setores público e privado operam: enquanto o setor privado pode se mover rapidamente, as burocracias públicas são mais lentas; além disso, o governo só vai pagar pelo serviço depois de concluído, criando um sentimento de urgência por parte da empresa (Antunes, 2017).

No mencionado caso de Florianópolis, ainda não foi formalizada parceria público-privada para implementar a cidade inteligente. Algumas das razões para

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

esse fato podem ser a exigência por vultuosos investimentos, o alto risco no investimento em soluções inovadoras, as políticas incertas, os resultados a longo prazo e a capacidade limitada de financiamento público, que acabam por criar entraves para o financiamento privado de soluções tecnológicas inovadoras das cidades inteligentes.

É certo que a ênfase nas PPPs não é inteiramente positiva já que a sua lógica é a da rentabilidade, enquanto as políticas públicas atuam na perspectiva de valorização do interesse público coletivo. Sem que haja relevante participação social, o favoritismo da ação das PPPs para a implementação das cidades inteligentes pode levar à contratação de tecnologias e serviços sem debate público que geram problemas como a obsolescência, a falta de manutenção ou até mesmo investimento em serviços e produtos que não são considerados uma prioridade pelos cidadãos.

Houve outros modelos de políticas públicas no Brasil que solucionaram problemas urbanos de uma maneira tecnicamente mais adequada, ao invés de, simplesmente, transferir essa responsabilidade para a iniciativa privada[4]. Um exemplo que poderia servir de modelo para uma política pública destinada às cidades inteligentes é a do sistema capilarizado, em que o Governo Federal estabelece uma espécie de modelo padrão para as diversas áreas, como mobilidade urbana, meio ambiente, entre outras, possibilitando a organização e implementação de metas pelo próprio Poder Público, que ficaria menos submetido às iniciativas privadas.

Um exemplo interessante foi o da política pública nacional de resíduos sólidos que indicava, inclusive, um modelo de aterro sanitário para o fim dos lixões, bem como incentivava a criação de consórcio de municípios para viabilizar economicamente o cumprimento da exigência legal de desativar lixões. Trata-se de um modelo muito mais adequado à realidade brasileira, que enfrenta uma notável diversidade com pequenos municípios com pouco mais de 800 habitantes[5] e metrópoles como a cidade de São Paulo, com mais de 12 milhões de habitantes.

Importante lembrar que, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, coletados em sua última pesquisa, publicada em 2022, dos 5570 municípios brasileiros, 44,8% têm menos de 10 mil habitantes e apenas 41 municípios mais de 500 mil habitantes (IBGE, 2023, p. 36). Certamente esses municípios menores, que tratam da maioria esmagadores dos municípios brasileiros, não tem condições de implementar uma política pública por PPP, já que a Lei n. 13.529/2017 exige um valor mínimo de 10 milhões na contratação para ser implementada. Logo, a política de PPPs não parece ser adequada para aquilo que se pretende em relação às cidades inteligentes.

4 Um exemplo interessante foi o da política pública nacional de resíduos sólidos que indicava inclusive um modelo de aterro sanitário para o fim dos lixões, bem como incentivava a criação de consórcio de municípios para viabilizar economicamente

5 Como Borá em São Paulo ou Serra da Saudade em Minas Gerais.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cidades são locais estratégicos para visualizar novas tendências que configuram a ordem social, incluindo a globalização, o surgimento de novas tecnologias da informação, a intensificação das dinâmicas transnacionais e a presença fortalecida de tipos específicos de diversidade sociocultural. A ideia de cidades inteligentes acompanha o desenvolvimento de novas tecnologias, trazendo essa realidade para o contexto urbano.

A proposta do artigo foi realizar, através de revisão bibliográfica, uma análise de como o conceito de cidade inteligente pode ser aplicado na legislação urbana que viabiliza as políticas públicas voltadas para o contexto das cidades, revelando-se a importância do papel da legislação enquanto prática institucional de estruturação das políticas públicas.

A implantação das cidades inteligentes depende de um pacto entre governo, iniciativa privada e sociedade civil, de modo que o governo deve trabalhar como grande articulador, gestor das necessidades urbanas e da população, estabelecendo contratos com a iniciativa privada, através de Parcerias Público-Privadas, concessões ou outro tipo de cooperação, visando soluções inteligentes e econômicas para a cidade, a partir de processos transparentes, democráticos e desburocratizados, fazendo com que a população seja parte da implantação destas. Cabe ao poder público, então, analisar, decidir e planejar ações que sejam fundamentais, e, como consequência, o que deve ser lançado, mantido ou expandido para que o objetivo da cidade inteligente e sustentável seja alcançado.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 37122** de 07/2020 - Cidades e comunidades sustentáveis - Indicadores para cidades inteligentes. Rio de Janeiro: ABNT, 2020.

ACATE - ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE TECNOLOGIA. **MIDITEC**. Florianópolis: ACATE, [2023]. Disponível em: https://sc.acate.com.br/miditec. Acesso em: jan. 2023.

ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução**. Petrópolis: Vozes, 1999.

ALVES, José Augusto. **Relações internacionais e temas sociais**: a década das conferências. Brasília: IBRI, 2001.

ANTUNES, Vitor Amorim. **Parceiras público-privadas para Smart Cities**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999.

BRASIL. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: DF, Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 2001a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: set. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Carta brasileira**: cidades inteligentes. Brasília, DF: MDR, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/desenvolvimento-urbano/carta-brasileira-para-cidades-inteligentes/20201208_carta-brasileira-para-cidades-inteligentes_final.pdf. Acesso em: set. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei PL 976/2021**. Institui a Política Nacional de Cidades Inteligentes (PNCI), com vistas à melhoria da qualidade de vida dos munícipes, e dispõe sobre os princípios e diretrizes que a nortearão, os seus objetivos, as ações a serem realizadas, os recursos alocáveis e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2021b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2274449. Acesso em: jan. 2023.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira Carvalho; SANTOS, Maria Elisabete Pereira. Participação popular e gestão democrática – Salvador como metáfora. **Cadernos Metrópole**, São Paulo, v. 22, n. 49, p. 1033-1058, set./dez. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cm/a/sz5gcmP9bKYck9PqM5X78Lk/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: ago. 2023.

CELTA - CENTRO EMPRESARIAL PARA LABORAÇÃO DE TECNOLOGIAS AVANÇADAS. **A incubadora da Fundação CERTI**. Florianópolis: CELTA, [2023]. Disponível em: https://celta.certi.org.br/. Acesso em: jan. 2023.

CONHEÇA o Projeto Smart Floripa: como transformar uma ilha turística em smart island? Florianópolis: LabCHIS, jan. 2019. Disponível em: http://www.labchis.com/2019/01/10/projeto-smart-floripa/. Acesso em: jan. 2023.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

DEPINÉ, Ágatha. Floripa 2030: cidade inteligente e inovadora? **Medium**, [*s.l.*], 30 jul. 2021. Disponível em: https://agathadepine.medium.com/floripa-2030-cidade-inteligente-e-inovadora-c95b62c03a55. Acesso em: jan. 2023.

FERREIRA, João Sette Whitaker. Avanços e recuos na questão urbana rumo ao Habitat III. *In*: BALBIM, Renato (org.). **Geopolítica das cidades**: velhos desafios, novos problemas. Brasília: Ipea, 2016. Cap. 3.

FLORIANÓPOLIS. Prefeitura Municipal. **Lei complementar n. 482, de 17 de janeiro de 2014**. Institui o plano diretor de urbanismo do município de Florianópolis que dispõe sobre a política de desenvolvimento urbano, o plano de uso e ocupação, os instrumentos urbanísticos e o sistema de gestão. Florianópolis: Prefeitura Municipal, 2014. Disponível em: http://ipuf.pmf.sc.gov.br/plano-diretor/. Acesso em: jan. 2023.

FRANCO, Karina Marzano. **Habitat III**: a Ascensão Irresistível das Cidades. Relatório – Konrad Adenauer Stiftung, 2016.

HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

HIRSCHL, Ran. **City, state**: constitucionalismo and the megacity. New York: Oxford University Press, 2020.

IBEIRO, Tarcyla Fidalgo. **Dominância financeira, regulação legal e espaço urbano**: o caso da regularização fundiária no Brasil. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrópoles, 2021.

IBGE. **Censo demográfico 2022**: população e domicílios. Rio de janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102011.pdf. Acesso em: ago. 2023.

ISO - INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO/DIS 37122(en):** Sustainable development in communities - Indicators for Smart Cities. Genebra: ISO, 2019. Disponível em: https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37122:dis:ed-1:v1:en:e. Acesso em: jan. 2023.

JÚNIOR, Câmara dos Deputados. Janary. Projeto prevê regras gerais para implantação das cidades inteligentes no Brasil. **Notícias**, Brasília, 7 jun. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/763860-PROJETO-PREVE-REGRAS-GERAIS-PARA-IMPLANTACAO-DAS-CIDADES-INTELIGENTES-NO-BRASIL. Acesso em: jan. 2023.

JÚNIOR, Francisco (coord.). **Cidades inteligentes**: uma abordagem humana e sustentável. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2021.

LEFÈBVRE, Henri. **Espaço e política**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

LEFÈBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.

MASSONETTO, Luís Fernando. Pontos cegos da regulação urbanística: notas sobre uma regulação programática entre o direito econômico e o direito urbanístico. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, 2015.

MAUAD, Ana Carolina Evangelista. **A participação dos governos locais na Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II) e seus desdobramentos internacionais e nacionais**. 2011. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9816/1/2011_AnaCarolinaEvangelistaMauad.pdf. Acesso em: maio 2022.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

MENEZES, Henrique Zeferino; MÁXIMO, Lucas Moura. São as cidades sub-representadas na Política Internacional? Uma análise da participação das cidades na Habitat III. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 411-439, 2019. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/39371. Acesso em: maio 2022.

MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. **Law & capitalism**: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

MOVIMENTO NACIONAL ODS. **Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Brasília, DF: ONU, [2024]. Disponível em: https://movimentoods.org.br/agenda-2030/. Acesso em: 10 maio 2022.

NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e o meio ambiente**. Brasília, DF: ONU Brasil, 2020. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente. Acesso em: maio 2022.

PARNELL, Susan. Defining a global urban development agenda. **World Development**, New York, v. 78, p. 529-540, 2016. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0305750X15002508. Acesso em: maio 2022.

PISTOR, Katharina. A legal theory of finance. **Journal of Comparative Economics**, Columbia, v. 41, n. 2, 2013. Disponível em: http:// ssrn.com/abstract=2262936. Acesso em: 21 jan. 2020.

RAMIRO, André; CANTO, Mariana. Rastros urbanos e a covid-19: economia, políticas de vigilância e tecnologias de monitoramento. *In*: REIA, Jess; BELLI, Luca. **Smart Cities no Brasil**: regulação, tecnologia e direitos. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.p. 133-163.

RANKING connected smart cities. São Paulo: Necta, [2023]. Disponível em: https://ranking.connectedsmartcities.com.br/. Acesso em: jan. 2023.

ROCHA, Camila. Direitas em rede: think tanks de direita na América Latina. *In*: JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (org.). **Por que gritamos golpe?** Para entender o impeachment e a crise política no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 261-278

ROMERO, Marta Adriana Bustos. Frentes do urbano para a construção de indicadores de sustentabilidade intra urbana. **Cadernos de arquitetura e urbanismo da FAU-UnB**, Brasília, ano 6, n. 4, nov. 2007.

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. **The world's cities in 2018**. UNITED NATIONS: Department of Economic and Social Affairs, 2018. Disponível em: https://population.un.org/wup/Publications/. Acesso em: maio 2022.

UNITED NATIONS. Development Programme. **Sustainable urbanization strategy**. UNITED NATIONS: UNDP, 2016. Disponível em: https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Sustainable%20Development/Urbanization/UNDP_Urban-Strategy.pdf. Acesso em: maio 2022.

WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flávia Luciane. Cidades inteligentes como nova prática para o gerenciamento dos serviços e infraestruturas urbanos: estudo de caso da cidade de Porto Alegre. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 310-324, set./dez. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/urbe/a/7PPdkzYV9xCL4kR4RbbPjMv/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: jan. 2023.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

YIGITCANLAR, Tan. Towards Smart Florianópolis: What Does It Take to Transform a Tourist Island into an Innovation Capital? **Energies**, v. 11, p. 3265, 2018. Disponível em: http://www.labchis.com/wp-content/uploads/2019/01/Towards-Smart-Florian%C3%B3polis-What-Does-It-Take-to-Transform-a-Tourist-Island-into-an-Innovation-Capital.pdf. Acesso em: jan. 2023.

YIGITCANLAR, Tan; COSTA, Eduardo Moreira da; MARQUES, Jamile Sabatini. **Smart City Florianópolis**: jornada de criação do caminho de inovação de uma ilha turística. Florianópolis: Senac, 2018. Disponível em: http://www.labchis.com/wp-content/uploads/2019/01/Relat%C3%B3rio-Smart-City-Florian%C3%B3polis_v2.pdf. Acesso em: jan. 2023.

YIGITCANLAR, Tan; MARQUES, Jamile Sabatini; SCHREINER, Tatiana; WITTMANN, Tatiana Tombini; SOTTO, Debora; PRADO, Jorge Moisés Kroll do; PHILIPPI JUNIOR, Arlindo; COSTA, Eduardo Moreira da; BERNARDINETTI, Nathalia; PINHEIRO, Sandro Yuri; LORENZI, Cibele. **Smart Floripa 2030**: transformando Florianópolis numa ilha inteligente de inovação. Florianópolis: Senac, 2020.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.41061

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

MERCADO COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO

MARKET AS AN INSTRUMENT OF BRAZILIAN SOCIOECONOMIC DEVELOPMENT

Isis de Almeida

Mestra em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Derecho Publico Global pela Universidad Castilla-La Mancha (Espanha). Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie. Pesquisadora em Direito Econômico. E-mail: isisalmeida1@gmail.com.

Jeferson Sousa Oliveira

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). E-mail: jeferson@joliveiraadv.com.br

Marcelo Benacchio

Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor permanente do Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor Convidado da Pós Graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. E-mail: benamarcelo@gmail.com.

Como citar: ALMEIDA, Isis de; OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACCHIO, Marcelo. Mercado como instrumento do desenvolvimento socioeconômico brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 212-223, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.41061. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 29/07/2020
Aceito em: 03/12/2024

Resumo: O mercado, na sociedade moderna, possui significativa importância enquanto instrumento promotor do desenvolvimento, sendo regulado com base nas premissas de Direito Econômico, a fim de preservar o equilíbrio entre os interesses econômicos e sociais. Assim, o Estado, valendo-se de seu dirigismo político, busca transformar a sociedade através da preservação dos valores fixados no âmbito da Constituição Federal brasileira. Com isso, objetiva-se tratar do desenvolvimento socioeconômico a partir das relações de mercado. Para tanto, adota-se o método dedutivo. Conclui-se que o desenvolvimento está diretamente vinculado à maneira como o Estado busca conciliar os interesses econômicos e sociais, de modo que as benesses trazidas pelo mercado possam contribuir para a melhoria da qualidade de vida no país.

Palavras-Chave: desenvolvimento; mercado; direito econômico; constituição federal.

Abstract: In modern society, the market plays a significant role as an instrument for promoting development, regulated under the principles of Economic Law to maintain a balance between economic and social interests. The State, exercising its political dirigisme, seeks to transform society by upholding the values enshrined in the Brazilian Federal Constitution. This study examines socioeconomic development through market relations, adopting a deductive methodology. It concludes that development is intrinsically linked to the State's ability to reconcile economic and social interests, ensuring that the benefits generated by the market contribute to improving the quality of life in the country.

Keywords: development; market; economic law; federal constitution.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muito se discute a respeito do desenvolvimento econômico, que, ao longo de diversos anos, tem sido o objetivo de inúmeros estudos e políticas socioeconômicas nos mais diversos Estados. Apesar do consenso sobre sua importância, ainda existem divergências sobre como o desenvolvimento deve ser promovido, quais são as responsabilidades do mercado e qual o papel do Estado nesse processo.

Há décadas atribui-se ao mercado interno uma função essencialmente desenvolvimentista, sendo responsável por promover o aprimoramento das estruturas sociais e atuar como ferramenta de difusão da renda gerada através da exploração da atividade econômica. No entanto, a questão que se coloca é: de que maneira o mercado interno pode ser utilizado de forma eficaz para assegurar o desenvolvimento socioeconômico sem agravar as desigualdades já existentes?

Nesse contexto, o dirigismo estatal torna-se cada vez mais relevante, pois o mercado, enquanto instrumento de desenvolvimento, deve servir aos interesses sociais tutelados pelo Estado, de modo que seja possível assegurar a manutenção da dignidade humana em face de eventuais abusos do poder econômico.

No Brasil, o Direito Econômico surge como um ramo da ciência jurídica que busca ordenar as políticas e relações socioeconômicas, na tentativa de atingir os objetivos constitucionalmente previstos e, assim, promover a melhoria da qualidade de vida da população nacional por meio do fortalecimento do mercado interno. Todavia, embora o mercado interno desempenhe uma função relevante na promoção do desenvolvimento nacional, é preciso considerar as limitações impostas pelo Poder Público no exercício da atividade econômica, visando evitar o surgimento ou agravamento das desigualdades sociais.

Dessa forma, a presente pesquisa tem como objetivo analisar o desenvolvimento socioeconômico a partir da funcionalidade do mercado como instrumento de promoção do desenvolvimento econômico, destacando que esse desenvolvimento deve estar vinculado às normas de cunho social previstas na Constituição Federal. Para explorar esses conceitos, adota-se o método dedutivo, partindo de uma perspectiva geral sobre o papel do mercado e do Estado no desenvolvimento socioeconômico, e chegando a conclusões específicas sobre o contexto brasileiro.

1 DESENVOLVIMENTO A PARTIR DO MERCADO

Para tratar de desenvolvimento econômico, primeiramente faz-se necessária uma contextualização histórica de como passou-se a discutir tal temática. O direito ao desenvolvimento é classificado na condição de “direito de solidariedade”, que, de acordo com Brant (1995), pertence à terceira geração/dimensão dos Direitos Humanos. Cronologicamente, está inserido na década de 1960, período em que ocorrera a fase de descolonização. Tal direito era uma das exigências travada pelos Estados em desenvolvimento para que assim lhes fosse possível alcançar a independência política através da independência econômica. Assim, após essa época, foi garantido, por meio da Declaração sobre o Direito ao desenvolvimento das Nações Unidas, em 1986, e reafirmado na Conferência de Viena sobre Direitos humano, em 1993, que este direito é inalienável.

> Em primeiro lugar, há um direito humano que é “inalienável”, o que quer dizer que não pode ser negociado. Depois, há um processo de “desenvolvimento econômico, social, cultural e político”, que é reconhecido como um processo no qual “todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser plenamente realizados”. O direito ao desenvolvimento é um direito humano, em virtude do qual “cada pessoa humana e todos os povos têm o direito de participar, contribuir e gozar” desse processo de desenvolvimento (Sengupta, 2001, p. 2528)[1].

O desenvolvimento econômico é definido, entre outros, por um processo de acumulação de capital. É graças a esse desenvolvimento que se é possível o aumento da produtividade ou da renda por habitante. Com a expansão do setor

1 First, there is a human right that is called the right to development, and this right is ‘inalienable’, meaning it cannot be bargained away. Then, there is a process of “economic, social, cultural, and political development”, which is recognised as a process in which “all human rights and fundamental freedoms can be fully realised”. The right to development is a human right, by virtue of which, “every human person and all peoples are entitled to “participate in, contribute to an contribute to and enjoy” that processes of development (Sengupta, 2001, p. 2528).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

econômico é possível notar que o capital circula mais dentro do mercado, pois as pessoas passam a ter maior poder de compra. Esse poder garante que empresas se desenvolvam, empregos sejam gerados e incentive a produção, importação e exportação de mercadorias. Com maior poder de compra, é natural que possa também haver um aumento na qualidade de vida e dos padrões de bem-estar da sociedade em questão.

A geração da renda permite que a economia flua de forma descentralizada e com participação de todos os agentes econômicos básicos (trabalhador, o empregador, o Estado etc.). Com base nessa capacidade estrutural, que pode ser medida com índices econômicos como IPEA, IDH, PIB é possível ainda, estimar taxas básicas de juros, como, por exemplo, a SELIC.

O ponto inicial é, portanto, definir se poder desenvolver-se economicamente está intrinsecamente ligado à capacidade que a população detém, ou não, de comprar, acumular ou fazer circular o capital, ainda que esteja-se a falar sobre um leve aumento do poder de aquisição, mas sem prejuízo para dignidade humana.

Para Cristiane Derani (2001), o desenvolvimento econômico é garantia de melhor nível de vida coordenada com um equilíbrio na distribuição de renda e de qualidade de vida mais saudáveis. A medida de renda *per capita* não é mais o indicador apropriado para apurar o grau de desenvolvimento econômico compreendido pela ordem econômica constitucional, pois o grau de desenvolvimento é aferido, sobretudo, pelas condições materiais de que dispõe uma população para o seu bem-estar.

> Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes (ONU, [2020]).

Como definiu Furtado (1983, p. 80) “dessa forma, o desenvolvimento é ao mesmo tempo um problema de acumulação e progresso técnico, e um problema de expressão dos valores de uma coletividade”.

Logo, partindo desse pressuposto, pode-se compreender o desenvolvimento econômico como um fenômeno histórico e social. Além disso, também é possível afirmar que o desenvolvimento somente existirá em uma sociedade capitalista que permeia, de um lado, o acúmulo de capital e, do outro, a divisão de riquezas, sendo a desigualdade oriunda dessa estrutura. Assim, sob essa ótica, torna-se possível traçar as primeiras linhas para definir o desenvolvimento econômico como um direito fundamental.

Angariar frutos que possam ser considerados positivos no tocante ao desenvolvimento econômico despende um trabalho que envolve esforços conjuntos, não sendo possível que se obtenha índices sempre positivos somente apontando escolhas simples. Ao Estado, por exemplo, que vem garantindo na Constituição Federal a defesa do trabalho, do bem-estar social, da livre concorrência e tantos outros direitos sociais, perfaz a necessidade constante da criação de mecanismos ágeis que possam verdadeiramente fazer funcionar essas normas.

De outro lado, a sociedade precisa estar em constante evolução, necessitando desvincular-se a antigos conceitos e costumes enraizados no seio social brasileiro, rompendo com a mentalidade escravocrata, fundada em sub pagamentos ou salários indignos, a fim de que se possa assegurar um real desenvolvimento socioeconômico. Nessa esteira, defende Montoro (1995, p. 44), que “o desenvolvimento depende da capacidade de cada país para tomar decisões que sua situação requer, o que exige a superação da condição de dependência ou subordinação de tipo colonial, no plano político, econômico ou cultura”.

Desta maneira, se cada Estado se desenvolve de acordo com características próprias, traz-se para o plano de discussão a questão do Brasil. O modelo brasileiro de desenvolvimento busca diminuir as diferenças econômicas e sociais, seja em nível local, regional ou nacional. Este modelo é chamado de desenvolvimento equilibrado.

Por muitos anos o Brasil concentrou esforços num modelo econômico dirigista. Talvez o maior exemplo que se tenha nesse sentido seja durante a Era Vargas

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

(1930 -1945). O dirigismo econômico aplicado pelo governo à época ainda não possuía esse nome (dirigismo), pois o termo veio surgir no pós-guerra, especificamente na França, que exigia do Estado ações de recuperação da economia bastante fragilizada. Assim, mesmo que durante a Era Vargas o termo ainda não existisse, podemos dizer que o modelo adotado por Getúlio se distinguia bastante justamente por impor ao Estado a obrigação de regular e dirigir com fulcro no tripé: empresa pública, empresa privada nacional e capital internacional.

> Nesse período processou-se uma reestruturação do Estado, com a criação de novas agências voltadas para a formulação de políticas econômicas, como a Assessoria Econômica da Presidência da República e a Comissão de Desenvolvimento Industrial (CDI). Com elas firmava-se a concepção de um Estado ativo na formulação e execução de políticas econômicas, cujo papel não podia ficar restrito às injunções externas. Desenvolvimento era a palavra de ordem dos anos 1950, assim como, nos setores getulistas e de esquerda, o nacionalismo era a linha-mestra (D'Araujo, [2020]).

Passados anos, com o advento e promulgação da Constituição de 1988, o Brasil adotou um novo modelo constitucional, inserindo um capítulo específico sobre o setor econômico, preconizando o desenvolvimento equilibrado onde, basicamente o Estado só interfira para garantir condições de desenvolvimento pleno e em emergências. O ponto principal trazido por essa nova organização econômica valoriza o bem-estar, tornando necessário que haja integração entre os agentes econômicos a fim de alcançar o desenvolvimento econômico.

> A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o art. 1 º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como Estado de Direito Social - e certo - mas a consagração dos princípios de participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele. A inexistência de contradição entre tais princípios, a textura das regras constitucionais consideradas e, ainda, a atribuição, a sociedade, de legitimidade para reivindicar a realização de políticas públicas podem fazer do Estado efetivo agente - por ela responsável - da promoção do bem estar. A busca da realização do bem-estar a Constituição apresta a sociedade e o Estado, busca que se há de empreender não em nome ou função de uma ideologia, mas como imposição de determinações históricas que são mais do que ideológicas. O alcance do bem-estar e, historicamente, o mínimo que tem a almejar a sociedade brasileira (Grau, 2010, p. 312).

Entendendo, portanto, que essa integração/participação é também um resultado social, é preciso destacar que como resultado histórico da forma de conquista, o Brasil – que por séculos foi colônia de exploração de vários países como: Portugal, Espanha, Holanda e França –, ainda custa a se firmar e criar uma estrutura econômica sólida e eficiente, capaz de ter algum destaque em setores que envolvem, tal como novas tecnologias, ciências e pesquisas em níveis internacionais.

O Brasil ainda se equilibra numa economia de base, com destaque para o setor de serviços, que vem demonstrando nos últimos índices apontados pelo IBGE ([2014]) com relação ao PIB, que essa área tende a ser a maior base econômica do Brasil e, portanto, merece especial atenção no setor regulatório, por exemplo.

De acordo com OECD (2005) o setor de serviços tem se destacado como um agente importante, através de segmentos como conhecimento e tecnologia estes, segundo Silva; Negri e Kubota (2006) tornam-se vetores para a inovação de outros setores econômicos e posteriormente corroboram em uma parceria com o setor produtivo no processo de assimilação de novas tecnologias (Torres Freire, 2006).

Retomando ao papel do Estado na Constituição de 1988, vê-se, assim, que trespassando a figura de coadjuvante o governo ainda trouxe para si resquícios históricos de controle da economia, porém, hoje há mecanismos que permitem a participação mais ativa e acentuada da população, como bem observou Eros Grau (2010).

Essa função do Estado vem prevista na Constituição, não apenas em um artigo, mas destaca-se, aqui, o art. 170 da Constituição Federal. É por intermédio desse dispositivo que se dá voz aos princípios que norteiam a ordem econômica, bem como acentua importantes considerações sobre a estrutura que deve basilar a economia.

Não restando dúvidas, no que tange ao papel do Estado em relação a economia, a Constituição ainda firmou, em seu artigo 174, a incumbência de sua

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

atuação enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo, na forma da lei, exercer "[...] as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" (Brasil, 1988).

É nítido, portanto, que para o setor público, o Estado manteve aspectos cruciais do dirigismo, enquanto para o setor privado passou a acenar mais como garantidor e de incentivo, isto é, assumiu uma função de caráter norteador.

2 DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

O estudo do direito econômico, desde a promulgação da Constituição Federal, trouxe alguns debates acadêmicos bastante pertinentes, uma vez que as diversas mudanças introduzidas pelo novo texto constitucional acarretaram mudanças no papel do Estado em relação a economia.

A primeira delas, atualmente superada, seria se o ordenamento jurídico brasileiro possuiria, ou não, um ramo próprio para tratar de questões econômicas. Tal argumentação se faz atualmente infundada, uma vez que a própria Constituição Federal elimina quaisquer dúvidas a esse respeito quando positiva que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico (art. 24, I) (Brasil, 1988).

> Já não tem mais razão de ser o debate, academicamente despropositado, a respeito da "existência" do Direito Econômico. Argumentação que a negue já de há muito é qualificável como do mesmo teor daquela que não encontra Direito a fundamentar sua pretensão (Grau, 2010. p. 150).

Passada essa fase, veio um segundo momento, no qual se buscava uma definição mais precisa sobre o objeto do Direito Econômico, a fim de melhor definir seus conceitos. Segundo Albino de Sousa (1976, p. 26), este ramo tem por objeto:

> [...] um conjunto de normas de conteúdo econômico que pelo princípio da economicidade assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, bem como regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica definida na ordem jurídica.

Debruçando-se neste conceito, é possível entender o porquê do direito econômico ter significativa relevância na regulação de políticas públicas que enfatizam o direito ao desenvolvimento. Sem o estudo da política econômica e social de determinado país, torna-se impossível conceber ações práticas e eficazes que permitam alcançar algum nível social.

É a regulação econômica, numa ação conjunta entre os interesses coletivos e individuais, que permite ao Estado criar mecanismos próprios - como agências reguladoras, isenção de impostos, incentivos especiais, ou ainda, fundos sociais - que tangenciam o atingimento de uma condição de desenvolvimento próxima daquela defendida, por exemplo, por teóricos como Amartya Sen (2000).

A obra "Desenvolvimento como liberdade" foi um marco nos debates contemporâneos sobre como o estudo do desenvolvimento deveria revelar-se para além dos índices econômicos tradicionais, explica que:

> Isso não tem por objetivo negar que a privação de capacidades individuais pode estar fortemente relacionada a um baixo nível de renda, relação que se dá em via de mão dupla: (1) o baixo nível de renda pode ser uma razão fundamental de analfabetismo e más condições de saúde, além de fome e subnutrição; e (2) inversamente, melhor educação e saúde ajudam a auferir rendas mais elevadas. [...] mas também há outras influências sobre as capacidades básicas e liberdades efetivas que os indivíduos 'desfrutam, e existem boas razões para estudar a natureza e o alcance dessas interrelações. De fato, precisamente porque as privações de renda e as privações de capacidade com freqüência apresentam consideráveis encadeamentos correlatos, é importante não cairmos na ilusão de pensar que levar em conta as primeiras de algum modo nos dirá alguma coisa sobre as segundas. [...]. Se nossa atenção for desviada de uma concentração exclusiva sobre a pobreza de renda para a idéia mais inclusiva da privação de capacidade, poderemos entender melhor a pobreza das vidas e liberdades humanas com uma base informacional diferente (envolvendo certas estatísticas que a perspectiva da renda tende a desconsiderar como ponto de referência para a análise de políticas). O papel da renda e da riqueza ainda que seja importantíssimo, juntamente com outras influências tem de ser integrado a um quadro mais amplo e completo de êxito e privação (Sen, 2000, p. 34-35).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Destaca-se, então, que todo este processo entre discutir a existência entre um ramo do Direito voltado ao tratamento de questões de ordem econômica, até a discussão relativa aos fins do desenvolvimento, tem por objetivo evidenciar alguns dos incontáveis debates que, de algum modo, possuem guarida na função desempenhada pela Estado na promoção dos interesses coletivos e sociais.

Contudo, para que se possa alcançar o desenvolvimento, tem-se, no Brasil, a função ordenadora das relações de mercado por parte do Estado, através do Direito Econômico. A relação entre essa estrutura normativa, denominada ordem econômica, como conjunto de normas que regulam tais atividades, vem, também, servir de sustentação para que possa ser estudado o desenvolvimento econômico e social em sua plenitude.

Ainda que o presente estudo tenha como foco o estudo dentro do ordenamento brasileiro, faz-se mister salientar que diante da globalização econômica, torna-se inviável ilhar o Brasil em relação ao restante do mundo, bem como estudar sua economia como fator isolado.

O Brasil está inserido em diversos acordos econômicos internacionais e ratificou alguns deles, como por exemplo: Preferência Tarifária Regional entre países da ALADI (PTR-04), Acordo de Sementes entre países da ALADI (AG-02), Acordo de Bens Culturais entre países da ALADI (AR-07), Brasil - Uruguai (ACE-02), Brasil - Argentina (ACE-14), Mercosul (ACE-18), Mercosul - Chile (ACE-35), Mercosul - Bolívia (ACE-36), Brasil - México (ACE-53), Mercosul - México (ACE-54), Automotivo Mercosul - México (ACE-55), Mercosul - Peru (ACE-58), Mercosul - Colômbia, Equador e Venezuela (ACE-59), Brasil/Guiana/São Cristóvão e Névis (AAP.A25TM 38), Brasil - Suriname (ACE-41), Brasil - Venezuela (ACE-69), Mercosul - Colômbia (ACE-72), Mercosul - Cuba (ACE-62), Mercosul/Índia, Mercosul/Israel, Mercosul/SACU, Mercosul/Egito, Brasil - Paraguai (ACE-74).

Esses acordos traduzem a exata letra da Constituição, uma vez que o referido documento preconiza o direito econômico como uma ciência para todos, de modo coletivo. Assim, isolar o Brasil do comércio exterior ou deixar de regulá-lo, se traduziria em comprometer gravemente o desenvolvimento econômico do país.

É preciso registrar que o papel do Estado diante da globalização passa a ser ainda mais importante, uma vez que as ações tomadas, sejam elas quais forem, políticas públicas, normas ou ratificação de acordos, todos eles precisam respeitar o interesse coletivo sem detrimento do individual.

Com a expansão da globalização, o coletivo passou a ter ainda mais destaque e, com isso, o capitalismo, outrora “selvagem”, que ansiava somente o lucro, passou a entrar em xeque, dando maior espaço ao capitalismo humanista. Diversos doutrinadores brasileiros passaram a difundir a teoria humanista, valorizando o fator humano e a fraternidade dentro do capitalismo. Ao contrário do que se poderia pensar, os autores não defendem a extinção do capitalismo, ou promoção de algum tipo de socialismo ou afins, pelo contrário, em respeito ao sistema econômico constitucional, propõem uma readequação no modo estrutural e na leitura que se faz na obtenção do lucro (que não deixa de existir).

> Adensadas, as estruturas humanistas de liberdade, igualdade e fraternidade constituirão o melhor suporte para a conformação modelar do capitalismo em prol da humanidade. Assim, se imporá ao capitalismo o universalmente reconhecido aparato jurídico de direitos humanos, capaz de, a um só tempo, legitimá-lo, conter seus inconvenientes e imputar o peso marcante das responsabilidades aos que violarem sua estrutura adensada onde liberdade, igualdade e fraternidade são indissociáveis e interdependentes (Sayeg; Balera. 2011, p. 33).

A palavra-chave de ordem para pensar o desenvolvimento econômico, dentro do capitalismo humanista, alavancado por fatores como os direitos humanos e a dignidade, é a fraternidade. O “capitalismo parasitário” (Bauman, 2010, p. 8-9) deve ceder espaço à essa frente, deixando de promover a ascensão por meio predatório, onde um prevalece e prospera, prejudicando o próximo, passando a ser um organismo harmônico.

Retomando as premissas de Sen (2010), onde o desenvolvimento econômico deve valorizar a liberdade, e adentrando, em parte, em questões como a felicidade,

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

o poder aquisitivo, o desenvolvimento social por inteiro, a fim de relacionar tais temas com o posicionamento adotado por Sayeg e Balera (2011), que discorrem sobre a importância da fraternidade no cenário capitalista, pode-se dizer que o Estado já tem as diretrizes fundamentais para estimular a economia nacional e, porque não, mundial, dando voz a um aspecto humano e responsável.

Importante o destaque trazido por Bercovici (2005) ao explicar que quando se trata de desenvolvimento, estar-se falando de uma "evolução" do crescimento, pois este abrange o básico, a estrutura primeira, porquanto o desenvolvimento engloba ações macro e, em que pese, compreender o crescimento, em virtude de sua amplitude, a esse último importa apenas o fator econômico, justamente o oposto daquele, para o qual importam as consequências políticas, sociais e/ou culturais.

> O crescimento sem desenvolvimento, [...] é aquele que ocorre com a modernização, sem qualquer transformação nas estruturas econômicas e sociais. Assim, o conceito de desenvolvimento compreende a idéia de crescimento, superando-a. As teorias do crescimento econômico dão ênfase à ação deliberada da política econômica do Estado para a manutenção de um ritmo expansivo que mantenha o pleno emprego.Contudo, suas preocupações são exclusivamente econômicas, não analisam as conseqüências políticas, institucionais, sociais ou culturais do crescimento econômico (Bercovici, 2005, p. 54)

Para fazer cumprir o teor constitucional que dá ao Estado a força do fazer, incentivar e fiscalizar, torna-se imprescindível que os ditames da justiça social tenham seu espaço devidamente respeitado quando diante da necessidade de regular, pois a atividade econômica deve levar em consideração o interesse público.

Assim, tem-se que para garantir as condições básicas do desenvolvimento, faz-se necessário observar as mais diversas faces da ordem econômica, social e política, tal como se busca, no Brasil, através de sua Constituição Federal.

3 DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Embora o desenvolvimento econômico compreenda uma importante parcela daquilo que se busca através do mercado, não se pode olvidar o papel social que o mesmo detém no seio do Estado moderno.

Sabendo que o mercado se apresenta como um importante instrumento, ainda que não seja o único, na distribuição e alocação de recursos e renda (Forgioni, 2016), cabe ao direito exercer uma função de ordenação das relações ali praticadas, a fim de impedir que abusos ocorram, gerando males à sociedade em geral.

Em outras palavras, enquanto meio de implementação das políticas públicas, o direito atua ordenando as relações negociais (Forgioni, 2016), pois delimita o comportamento dos agentes econômicos, de modo que estes atendam aos fins buscados pelo interesse público.

Assim, no Estado moderno, o mercado tende a funcionar com base no dirigismo neoliberal, de maneira a servir como um dos instrumentos promotores do desenvolvimento socioeconômico. Deste modo, o crescimento meramente econômico mostra-se insuficiente para garantir melhor qualidade de vida à população nacional, sendo necessário instituir políticas econômicas e sociais capazes de assegurar tal melhoria no âmbito interno do país.

Nessa linha, a Constituição Federal brasileira de 1988 adotou a dignidade humana[2] como um dos fundamentos da República (art. 1º, III), demonstrando a importância do bem-estar individual e coletivo frente às mudanças instituídas pela nova roupagem do ordenamento jurídico em face das Constituições anteriores.

Mais do que isso, a Constituição Federal de 1988 traz diversas disposições que firmam os fins buscados pelo Estado, atribuindo, a estas, por vezes, caráter dirigente, de modo que seja possível guiar o Poder Público na formação de sua políticas socioeconômicas.

> A Constituição de 1988 está estruturada também a partir da idéia da constituição como um plano de transformações sociais e do Estado, prevendo, em seu texto, as bases de um projeto nacional de desenvolvimento. Em termos de teoria constitucional, a Constituição de 1988 é o que se denomina de "constituição dirigente" ou seja, uma constituição que esta-

2 "Embora assuma concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos" (Grau, 2010, p. 193).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> belece explicitamente as tarefas e os fins do Estado e da sociedade (Bercovici, 2010, p. 399-400).

Desta forma, a atividade ordenatória do Estado em relação à economia busca instituir e reger "ordem pública econômica", definindo os limites das liberdades privadas quando do exercício da atividade econômica em dado mercado[3] (Bercovici, 2010, p. 402).

Conforme explica Gilberto Bercovici (2010, p. 403), o artigo 3º da Constituição Federal, tal como o artigo 182 e 191, dentre outros, refletem a função transformadora buscada pela Constituição Econômica. Isso torna a Constituição Federal um instrumento diretivo, vez que possui um explícito programa de "[...] de política econômica incorporado ao seu texto."

Embora o artigo 3º da CF elenque os diversos objetivos da República brasileira, cabe destacar seu inciso II, que versa sobre a busca pelo desenvolvimento nacional, além do inciso III, que trata da redução das desigualdades sociais e regionais[4].

Tais incisos, por constituírem normas diretivas, devem sempre constituir os fins buscados por toda e qualquer política pública de caráter econômico ou social, visando, assim, possibilitar melhores condições de vida à população nacional.

Contudo, quando se trata de questões relacionadas ao mercado interno, tem-se a importância do artigo 170, pois o mesmo dispõe que a ordem econômica nacional terá por fim assegurar a existência digna a todos, pautada nos ditames da justiça social.

> *Justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstancias exigências de qualquer política econômica capitalista (Grau, 2015, p. 224).

Como destaca Tavares (2011), a justiça social está associada à ideia de solidariedade, pois seu conceito vai além da prevalência do social sobre o individual, compreendendo também a idéia de reciprocidade na dependência entre os indivíduos.

Logo, mesmo que a justiça social imponha limitações ao princípio da liberdade, especialmente à livre iniciativa (Tavares, 2011), cabe destacar que este, enquanto fundamento do sistema capitalista, expressa-se como desdobramento daquele princípio (Grau, 2010).

Destarte, embora busque-se atingir a dignidade humana por meio da justiça social, ambos os princípios não podem suprimir a própria existência ou o funcionamento regular da atividade econômica no país, haja vista este se apresentar como um dos principais instrumentos de desenvolvimento que o Estado dispõe.

André Ramos Tavares (2011) explica que o artigo 170 da CF, trata da dignidade humana sob um viés econômico, pois as discussões que recaem sobre a existência digna sempre envolvem o "mínimo existencial", ou seja, versa-se sobre direitos e garantias de caráter econômico, tal qual a assistência prestada pelo Poder Público aos hipossuficientes ou o estabelecimento do salário mínimo.

Ademais, os incisos do artigo 170 elencam os princípios regentes da ordem econômica nacional, representando comandos balizadores que devem ser observados pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário quando do exercício de suas funções típicas e atípicas, sob risco de que seus atos incorram em inconstitucionalidade, tornando-se inválidos (Tavares, 2011)

Embora todos os princípios elencados no artigo 170 da CF mereçam destaque, ante a sua importância para a ordenação da atividade econômica desenvolvida no mercado interno brasileiro, versar-se-á apenas sobre aqueles que possuem maior proximidade com o bem-estar coletivo.

---

3 "Como exemplo, pode-se mencionar a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio-ambiente, a repressão ao abuso do poder econômico (artigos 170, III, IV, V, VI 173, §4º entre outros, da Constituição de 1988)" (Bercovici, 2010, p. 402).

4 "Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias" (Grau, 2010, p. 215).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Logo, ao prever a propriedade privada e a função social da propriedade (art. 170, II e III, CF, respectivamente), tem-se a afirmação do sistema econômico adotado no Brasil, ante a previsão da propriedade privada dos meios de produção, constituindo, assim, um direito subjetivo. No entanto, não se pode permitir que tal direito seja utilizando de maneira absoluta, servindo a interesses individuais ou de determinados grupos, pois o próprio texto constitucional adota a solidariedade como fator de desenvolvimento (art. 3º, I), razão esta que fundamenta a função social (Tavares, 2011).

> O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em beneficio de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* – atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – não detentor do poder que deflui da propriedade" (Grau, 2010, p. 245).

Considerável parte da doutrina entende que certos princípios exercem uma atividade de integração na ordem econômica nacional, contribuindo, assim para a resolução de questões atinentes à marginalização regional e social (Tavares, 2011).

O primeiro destes princípios está previsto no artigo 170, V, que versa sobre a defesa do consumidor. O consumo compreende um importante elo na relação capitalista, sendo o responsável por justificar a manutenção do ciclo produtivo.

Assim, com base no avanço tecnológico e o aumento da escala de produção, necessitou-se ampliar a demanda, a fim de atender às necessidades econômicas empresariais, tornando o consumidor um mero receptor da demanda empresarial (Tavares, 2011).

Desta forma, proteger o consumidor significa proteger também a sociedade. Em outras palavras, não se trata de acabar com o consumo, mas impedir a exploração das fragilidades de determinados grupos de consumidores, evitando, o agravamento do endividamento privado e reduzindo a vulnerabilidade econômica das camadas sociais mais baixas.

Outro importante princípio de integração é a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), pois considerável parcela do sistema produtivo se funda na extração de recursos naturais, o que reflete diretamente no equilíbrio da fauna e da flora local, regional e nacional.

Com isso, o desenvolvimento econômico sustentável nasce como a teoria que defende o uso responsável dos recursos naturais, sem que disso decorra a estagnação do processo de desenvolvimento econômico.

Por fim, destaca-se o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais, que apresenta-se no artigo 170, VII da CF como uma reafirmação do objetivo elencado no artigo 3, III do referido diploma.

Segundo Tavares (2011), tal princípio possui correlação com as normas tributárias e com normas que versam sobre direitos sociais. Pode-se dizer, então, que busca-se a utilização de uma gama de instrumentos políticos, sociais e econômicos na tentativa de reduzir a concentração da renda no âmbito da sociedade brasileira.

Logo, o mercado interno exerce um importante papel na promoção do desenvolvimento nacional, haja vista o texto constitucional o adotar como patrimônio nacional (art. 219), representando, assim, uma expressão da "soberania econômica nacional" (Grau, 2010, p. 254).

Gilberto Bercovici (2010, p. 406) explica que incluí-lo no patrimônio nacional "[...] significa a valorização do mercado interno como centro dinâmico do desenvolvimento brasileiro, inclusive no sentido de garantir melhores condições sociais de vida para a população".

Destrate, é possível compreender que o mercado está intimamente ligado à promoção do desenvolvimento nacional, bem como com a melhoria da qualidade de vida da população nacional, pois funciona como instrumento da difusão da renda gerada pelas relações negociais praticadas no país.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vislumbrado, o desenvolvimento guarda lugar de destaque nas políticas econômicas e sociais do Estado moderno, sendo o mercado um dos principais instrumentos utilizados para o atingimento desse objetivo.

Para tanto, o Estado, exercendo sua função normativa, institui certo grau de dirigismo político em relação às atividades econômicas praticadas no mercado interno, a fim de que este sirva não apenas aos agentes econômicos, mas também à sociedade.

Assim, no Brasil, o Direito Econômico surge com o objetivo de ordenar atividade econômica, amplamente considerada, de modo a permitir o regular funcionamento do mercado interno, bem como o seu desenvolvimento em atendimento à função transformadora almejada pela Constituição Federal.

Nessa esteira, os princípios elencados no artigo 170 da CF funcionam como balizadores para a criação e implementação das políticas públicas nacionais, de modo a atender os objetivos da República.

Logo, promover o desenvolvimento socioeconômico por meio do mercado se mostra uma forma eficiente de preservar o modelo capitalista, sem que disso decorram graves violações à dignidade humana, pois o dirigismo estatal na delimitação das regras do mercado contribuem para a formação de uma sociedade onde a distribuição da renda estaria, em tese, descentralizada.

Em outras palavras, o mercado não deve ser utilizado apenas na defesa dos interesses de agentes econômicos, mas também para a melhoria da condição social no país, atendendo aos anseios coletivos firmados no âmbito da Constituição Federal.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 105, p. 389-406, jan./dez. 2010. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67907. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O direito ao desenvolvimento como direito humano. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 81, p. 91–117, jul. 1995.

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: 20 jul. 2020.

D'ARAUJO, Maria Celina. Um panorama da política de desenvolvimento de Vargas. **FGV CPDOC**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://cpdoc.fgv.br/getulio-vargas-1954/politica-de-desenvolvimento. Acesso em: 19 jul. 2020.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonard, 2001.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1983.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Brasil em síntese**: serviços. Rio de Janeiro: IBGE, [2014]. Disponível em: https://brasilemsintese.ibge.gov.br/servicos.html. Acesso em: 14 jun. 2020.

MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OECD - ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Promoting innovation in services**. Paris: OECD, 2005.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento de 1986**. Natal, RN: DHNET, [2020]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm. Acesso em 17 jul. 2020.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: Editora KBR, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENGUPTA, Arjun. Right to development as a human right. **Economic & Political Weekly**. Punjab, India, v. 36, n. 27, July, 2001. Disponível em: http://rlarrdc.org.in/images/Right%20to%20development.pdf . Acesso em 23 jun. 2020

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

SILVA, Alexandre Messa; NEGRI, João Alberto de; KUBOTA, Luis Claudio. Estrutura e dinâmica do setor de serviços no Brasil. *In*: NEGRI, João Alberto de; KUBOTA, Luis Claudio (org.). **Estrutura e dinâmica do setor de serviços no Brasil**. Brasília: IPEA, 2006. p. 15-33.

SOUSA. Washington Peluso Albino de. Conceito e objeto do direito econômico. **Revista Faculdade de Direito UFMG,** Belo Horizonte, v. 24, n. 16, maio 1976. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1445/1374. Acesso em: 20 dez. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TORRES FREIRE, Carlos. Um Estudo sobre os Serviços Intensivos em Conhecimento no Brasil. *In*: NEGRI, João Alberto de; KUBOTA, Luis Claudio (org.). **Estrutura e dinâmica do setor de serviços** no Brasil. Brasília: IPEA, 2006. p. 107-132.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.41025

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS: A QUESTÃO DA PANDEMIA DA COVID-19

ACCOUNTABILITY OF PUBLIC AGENTS IN EXCEPTIONAL SITUATIONS: THE COVID-19 PANDEMIC ISSUE

Caio Felipe Caminha de Albuquerque

Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Especialista em Direito Notarial e Registral (FUNIP). Procurador do Município de João Pessoa/PB. Advogado. E-mail: caiofcalbuquerque@hotmail.com.

Maria Marconiete Fernandes Pereira

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora Titular de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Diretora do Instituto Paraibano de Direito Administrativo. E-mail: mmarconiete@gmail.com.

Como citar: ALBUQUERQUE, Caio Felipe Caminha de; PEREIRA Maria Marconiete Fernandes. Responsabilização de agentes públicos em situações excepcionais: a questão da pandemia da Covid-19. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 224-236, abr. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n1.41025. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 27/07/2020

Aceito em: 26/09/2024

Resumo: O presente artigo surge em um momento de grande excepcionalidade. A pandemia do coronavírus gerou uma situação de calamidade pública amplamente reconhecida. Em consequência, rompeu as bases fáticas do direito vigente e demandou, ao mesmo tempo, uma atuação acentuada da administração pública. Nesse contexto, emerge um problema que ainda será muito discutido: Como deve ser a responsabilização de agentes públicos nessa situação de excepcionalidade? É certo que situações excepcionais demandam medidas excepcionais, que nem sempre estão previstas, expressamente, na legislação. Nesse caso, em cada prato da balança está colocado um diferente preceito constitucional: o princípio administrativo da legalidade e o dever estatal de garantir a saúde pública. Buscando disciplinar as questões fáticas que naturalmente afetam a atuação administrativa, a Lei nº 13.655/2018 trouxe algumas diretrizes para orientar a avaliação dos gestores públicos na tomada de suas decisões. Já a Medida Provisória nº 966/2020 contém regras específicas para o enfretamento da pandemia, demandando análise aprofundada. O Supremo Tribunal Federal, analisando a constitucionalidade do seu texto, proferiu decisão cautelar fixando a interpretação conforme os ditames constitucionais. Nesse sentido, busca-se analisar a citada medida provisória sob o enfoque do direito administrativo moderno, tomando por base os fundamentos doutrinários da responsabilização dos agentes públicos.

Palavras-chave: pandemia; excepcionalidade; agentes públicos; responsabilização.

Abstract: This article emerges at a time of great exceptionality. The coronavirus pandemic has created a widely recognized public calamity. As a result, it has disrupted the factual foundations of existing law and, at the same time, demanded heightened action from public administration. In this context, a problem arises that will be widely debated: How should public officials be held accountable in this exceptional situation? It is certain that exceptional situations require exceptional measures, which are not always expressly provided for in legislation. In this case, each side of the scale weighs a different constitutional principle: the administrative principle of legality and the state's duty to guarantee public health. Seeking to regulate the factual issues that naturally affect administrative action, Law No. 13,655/2018 introduced some guidelines to assist public managers in evaluating their decisions. Meanwhile, Provisional Measure No. 966/2020 contains specific rules for combating the pandemic, requiring in-depth analysis. The Federal Supreme Court, assessing the constitutionality of its text, issued a preliminary decision establishing an interpretation in accordance with constitutional dictates. In this sense, this article seeks to analyze the aforementioned provisional measure from the perspective of modern administrative law, based on the doctrinal foundations of holding public officials accountable.

Keywords: pandemic; exceptionality; public agents; accountability.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

A pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2), causador da COVID-19, provocou consequências em várias dimensões: sociais, econômicas, éticas, jurídicas, governamentais e humanas. O enfretamento da pandemia exigiu uma reinvenção intervencionista no campo administrativo, por meio de normativos impositivos e de regulações excepcionais, com a adoção de medidas de enfrentamento pelos poderes estatais. Essa excepcionalidade no enfretamento da crise pandêmica vem provocando questionamentos jurídicos na esfera do direito público, oportunizando discussões virtuais acerca dos impactos que atingiram a administração pública.

Convém, inicialmente, esclarecer que a possibilidade da responsabilização dos gestores públicos, por suas ações e omissões durante a pandemia, ocupa o centro das inovações trazidas pela Medida Provisória n° 966, de 13 de maio de 2020. Em seu texto, faz algumas adaptações das normas contidas na Lei nº 13.655/2018 para o contexto do enfrentamento da pandemia da COVID-19. Assim, mesmo que a citada medida provisória não venha a ser confirmada pelo Poder Legislativo, os atos praticados pelos gestores públicos durante sua vigência deverão ser apreciados à luz da MP nº 966/2020, em razão do entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal. A Lei nº 13.655/2018 trouxe novas formas de avaliação das condutas praticadas pelos administradores públicos, incorporando parte da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, apresenta importantes inovações acerca dos parâmetros a serem utilizados nessa avaliação, com a introdução de algumas normas. Os critérios de análise dos atos dos gestores públicos aproximam-se de uma visão consequencialista, em contraposição ao modelo deontológico kantiano.

O objetivo do presente artigo é analisar o regime de responsabilização dos gestores públicos, em especial, por suas condutas durante a pandemia da COVID-19. Nessa perspectiva, propõe uma análise contextualizada, observando a conformidade das decisões administrativas ao direito. Para chegar a algumas conclusões, analisa, preliminarmente, a aplicação do direito vigente em situações excepcionais, na medida em que demandam uma interpretação contextualizada das normas. Em seguida, aborda a relação entre o princípio da legalidade e a necessidade de tomar decisões administrativas em situações excepcionais, como vem acontecendo no enfrentamento de uma pandemia. Para a realização da pesquisa, optou-se pelo método hipotético-dedutivo e pela técnica da revisão bibliográfica.

1 SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS: INCOMPLETUDE DA LEI

Situações excepcionais, do ponto de vista jurídico, podem ser consideradas como aquelas em que o complexo fático, considerado normal para o direito vigente, deixa de existir, total ou parcialmente. Com isso, diversos problemas de ordem prática podem surgir, em razão da inexistência de normas para aplicação ao fato concreto. Como se sabe, o legislador é incapaz de prever todas as situações que demandem a aplicação de uma norma.

Tomando emprestada a lição de Kelsen (1998, p. 4), uma norma tem o propósito de estabelecer um “dever-ser” que regula o comportamento humano. Porém, é necessário levar em consideração que o ato de vontade gerador da norma decorre de uma análise descritiva do “ser”. Em outras palavras, a produção de normas pressupõe uma análise descritiva de uma situação empírica, ao observar de que forma o comportamento humano deve ser avaliado. Segundo Maximiliano (2011, p. 17), é a natureza humana que forma as instituições jurídicas e estas reagem, gerando uma influência recíproca. Um exemplo simplificado pode elucidar o argumento: se todos os seres humanos fossem imortais, não seria necessária a existência de uma norma criminalizadora do homicídio. A existência dessa norma decorreu de uma análise descritiva do enquadramento fático: a constatação de que um ser humano pode morrer e matar outro. Constatando-se que esse ato é condenável, criou-se um “dever-ser”: não matarás.

Nessa relação, ao legislador cabe realizar - por iniciativa própria ou com o auxílio de outros – a análise de um contexto fático. A partir dessa avaliação, passa a produzir as normas necessárias para disciplinar as condutas humanas. Assim,

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

as normas são produzidas e impostas, como explica Neves (2007, p. 43), por meio de reações concretas a comportamentos contrários aos princípios gerais do direito e à dignidade da pessoa humana. Em resumo, as normas são criadas tendo por base a análise descritiva de um contexto fático para chegar a um resultado normativo. Não se está aqui tratando da hipótese de aplicação da legislação, que pode ter diversas implicações nos planos da eficácia e da efetividade (Neves, 2007, p. 48). O cerne da análise é focado no complexo empírico anterior, que direciona a criação de uma norma jurídica. É justamente o fato que serve de base para que o legislador estabeleça as regras de conduta da sociedade.

O fato de a própria construção da legislação depender dessa análise descritiva do "ser" impede que o "dever-ser" seja suficientemente abrangente para abranger todas as situações possíveis. A complexidade das relações humanas obriga as normas jurídicas a possuírem exceções. Essa compreensão levou Stumpff (2012) a fazer a interessante analogia, considerando a norma legal como fractal: uma forma geométrica cujo contorno é infinitamente complexo e se repete em todas as escalas. Por mais que se amplie o raio de abrangência de um fato, não será possível encontrar um contorno definitivo (Stumpff, 2012, p. 656). Em sentido contrário, por mais que se tente buscar um contorno definitivo para uma norma, o contexto fático de sua aplicação pode variar radicalmente, gerando situações não previstas pelo legislador.

A falibilidade do legislador é lembrada por Maximiliano (2011, p. 21), ao afirmar que o criador da norma jurídica jamais poderia prever todas as consequências lógicas dos enunciados prescritivos por ele formulados. Dessa forma, questiona o método de interpretação, defendido pela Escola da Exegese, ao propor que a norma seja sempre considerada de forma rígida e tenha um campo de aplicação mais restrito. Já para o referido autor, o intérprete deve considerar mais o presente do que o passado, de modo a adaptar a norma à evolução humana. Por conseguinte, em uma situação de normalidade, é natural que o legislador tenha dificuldade para formular normas de conduta que sejam aplicadas nas situações de anormalidade. Apesar de todo o arcabouço jurídico estar disponível, os eventos excepcionais fogem aos padrões da normalidade e não se apresentam de maneira idênticos. Compara-se a um líder que nunca esteve no campo de batalha. Evidentemente, não pode estabelecer estratégias para uma guerra que ainda não aconteceu.

O problema, então, surge quando há um rompimento radical do contexto fático analisado no momento de elaboração da norma. Situações excepcionais demandarão, logicamente, condutas jurídicas e administrativas que não poderiam ter sido previstas pelo legislador no processo da criação do sistema normativo vigente. Nesses casos excepcionais, os gestores públicos precisam tomar decisões eficientes e urgentes para o restabelecimento da normalidade. Segundo Neves (2007, p. 53), uma norma pode carecer de eficácia normativa, na ocorrência de determinada situação fática, para perder seu caráter absoluto, ou da vigência social por conta do seu caráter simbólico. Da mesma forma, sua falta de efetividade pode decorrer da incapacidade de prever determinadas situações. Nesse sentido, afirma Jordão (2018, p. 66) que uma indeterminação do direito objetivamente constatável pode decorrer do próprio processo legislativo e das complexidades do mundo moderno decorrentes das transformações sociais.

De acordo com esse entendimento, o texto da lei gera incompletude. Assim, para o intérprete aplicar a norma jurídica, não basta identificar o espírito da lei ou a vontade do legislador, como defendiam as teorias jurídicas do modelo dogmático (Pires, 2018, p. 49). O sistema normativo deve ser compreendido como um sistema aberto, de modo que seus princípios e valores possam ser utilizados para se fazer uma adequada interpretação das normas. Nos casos excepcionais e, até mesmo em situações de normalidade, uma interpretação meramente deontológica pode levar a decisões injustas, por não levar em consideração todo o contexto de exceção que se apresenta.

Apresenta-se um exemplo prático, tomando como base a situação narrada por Luis Recaséns Siches (*apud* Pires, 2018, p. 60). Ele usa como cenário a estação de trem na qual era proibida a entrada de passageiros com cachorros. Nesse

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

caso, um camponês, interpretando a proibição com base na lógica tradicional, tentou ingressar no local com um urso. No entanto, transportando a hipótese para uma situação excepcional e emergencial, indaga-se: Seria possível ingressar na estação com um cachorro para fugir de um desastre natural? Entendendo que, de fato, tratava-se de uma situação emergencial, o chefe da estação deve autorizar a entrada do cachorro. Pergunta-se: Ele poderia ser responsabilizado por sua conduta ou aquela decisão interpretativa poderia ser considerada razoável?

No caso da aplicação de normas sancionatórias, o intérprete assume a posição de receptor de uma interpretação adotada por outro intérprete. É necessário, no entanto, que o controle das decisões tomadas em situações excepcionais esteja em conformidade com o direito. Deve ser feito por meio da análise da realidade fática que condicionou a conduta do gestor público no enfretamento de situações excepcionais. Nesses casos, poderão ser editadas normas específicas ou utilizados métodos interpretativos de normas já existentes no sistema jurídico. Em qualquer hipótese, devem-se levar em consideração as circunstâncias reais que exigem a aplicação da norma dentro dessa estratégica. Deve-se, assim, recorrer aos princípios gerais do direito, fazendo-se uma interpretação em conformidade com o problema a ser enfrentado. É nesse ponto que a proporcionalidade ganha espaço, analisando-se a relação entre fins e meios para se chegar à decisão mais adequada e permitir o controle dessas decisões (Bonavides, 2013, p. 406).

Caso as leis sejam interpretadas apenas em sentido estrito, o sistema normativo revela-se incompleto. Não consegue reger todas as condutas humanas e, menos ainda, as situações de excepcionalidade. Nesses casos, torna-se necessária a atuação do intérprete. Esta deve levar em conta o contexto fático excepcional, especialmente na aplicação de normas sancionatórias formuladas em momentos de normalidade. Dessa forma, torna-se possível a abertura à multiplicidade de interpretação da lei, gerando expectativas do direito subjetivo, quanto às formas de compreender as decisões jurídicas (Maia, 2009).

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

A insuficiência do sistema normativo para o enfrentamento de situações excepcionais também se verifica no âmbito do direito administrativo. Nesses casos, as decisões encontram barreiras, ante a forte influência do princípio da legalidade, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal. Segundo a doutrina administrativista clássica, o administrador público somente pode atuar, nas tomadas de decisão, mediante autorização legal. Significa que sua conduta deve obedecer aos estritos limites da lei.

No entanto, de acordo a concepção doutrinária de Medauar (1992), a visão principiológica da legalidade avança em fundamentos valorativos flexibilizando a submissão do administrador público unicamente à lei. A consequência é uma maior abertura na interpretação da aplicabilidade do princípio da legalidade. Isso se deve ao fato de que o sistema jurídico possui diversos conceitos indeterminados, situando-se, às vezes, em uma zona de penumbra, como afirma Grotti (1995, p. 2). A imprecisão terminológica de certos termos abre espaço para diferentes interpretações quanto ao alcance das normas jurídicas. Por tal motivo, em certos casos, é impossível que o administrador público atue estritamente de acordo com a lei ou com base em uma única interpretação. Trata-se de situação análoga à questão da incompletude das normas jurídicas, quando não conseguem oferecer respostas adequadas em determinados contextos fáticos.

Ante essa constatação, a doutrina começou a discutir temas envolvendo vinculação e discricionariedade no âmbito dos atos administrativos. De acordo com Mello (2013, p. 434), atos vinculados são aqueles em que não há espaço para intepretação. Nesses casos, a lei já traz a tipificação do único comportamento que poderá ser adotado pela administração pública. Já os atos discricionários permitem uma avaliação, por parte do gestor, sobre a conveniência e a oportunidade, tendo uma margem de abertura em sua faculdade de decisão. Para Justen Filho (2014, p. 251), a discricionariedade pode incidir em âmbitos e graus diversos, envol-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

vendo a finalidade de determinado ato, a hipótese de incidência e o alcance da norma jurídica.

Não é objetivo deste trabalho fazer uma análise mais aprofundada sobre a discricionariedade administrativa. No entanto, é importante destacar que a doutrina diverge em relação à sua aplicabilidade. Mello (2013, p. 982) entende que a discricionariedade administrativa existe em razão da existência de preceitos legais plurissignificativos. Por outro lado, Meirelles (2013, p. 126) afirma que a discricionariedade deve limitar-se aos ditames da lei, não existindo preceitos jurídicos indeterminados ou imprecisos. No que diz respeito à executoriedade dos atos administrativos, Mello (2013, p. 426) esclarece que ela pode decorrer de previsão expressa da lei, mas também de autorização implícita do sistema normativo. Dessa forma, a executoriedade pode resultar da necessidade de atendimento do interesse público, nos casos em que se demonstrar for urgente e não houver previsão expressa no ordenamento jurídico (Mello, 2013, p. 426).

Nos últimos anos, vem ganhando força o entendimento de que o princípio da legalidade tem escopo mais amplo. De acordo com essa nova visão, a administração pública deve orientar-se não apenas pelos estritos limites da lei, mas também por preceitos fundamentais do ordenamento jurídico (Medauar, 2018, p. 117). Já para Nobre Júnior (2016, p. 21), não há vazio jurídico que permita uma liberdade de atuação do administrador público. Assim, mesmo não havendo parâmetros legais expressos para determinada conduta, ainda será necessário decidir nos limites do sistema jurídico ou dos princípios gerais do direito. É nesse contexto que se fala em uma concepção pós-positivista do princípio da legalidade. Segundo Aragão (2004, p. 63), essa visão passa a corresponder a um conceito de juridicidade.

Essa nova concepção acerca do princípio da legalidade vem sendo influenciada pelo fenômeno da constitucionalização do direito. Significa que a constituição é colocada no centro do ordenamento jurídico, estabelecendo a condição estruturante e fundamental de seus princípios (Cristóvam, 2014, p. 203). Na lição Häberle (2014, p. 31), a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da constituição admite a participação de todos os órgãos estatais na interpretação das normas constitucionais. Por conseguinte, o agente público não atua apenas de forma vinculada à lei infraconstitucional, devendo observar também - e principalmente - a constituição, que fundamenta todo o ordenamento jurídico e, portanto, orienta o sistema de interpretação das normas infralegais. Tendo como base essas premissas, é possível admitir a possibilidade de a administração pública negar aplicabilidade de uma lei para cumprir as determinações constitucionais (Cristóvam, 2014, p. 221).

Vislumbra-se a tendência de um novo rumo para o direito administrativo, com fortes influências da análise econômica do direito e do realismo jurídico norte-americano. Mendonça (2014, p. 189) apresenta as características básicas dessa nova visão do direito administrativo: aproxima-se dos métodos norte-americanos; é pragmático e empiricista; é assistemático. O moderno do princípio da legalidade pode dar uma resposta ao problema da aplicação do direito vigente a situações excepcionais. Uma delas é de que o administrador público, caso haja um motivo plausível, pode agir com base no sistema normativo em sentido amplo e, em especial, na constituição. Pode levar em conta princípios gerais do direito para atender o interesse público, seja pela discricionariedade ou pela interpretação extensiva da lei. Essa compreensão tem muita relevância, quando se trata da atuação da administração pública em situações excepcionais.

Essa possibilidade já é admirável, mesmo em situações de normalidade. A notória escassez de recursos públicos pode levar o administrador público a fazer escolhas na alocação desses recursos. Tal finalidade já tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a concretização do direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal (STA 175-AgR/CE). Como se observa, a questão relativa à responsabilização de agentes públicos por suas decisões é complexa. Portanto, não pode ser vista como simples aplicação da fórmula “se-então” prevista em abstrato nas normas legais. Em determinadas situações, é necessário compreender o contexto fático de aplicação da lei. Nesse sentido, o Código de Procedimento Administrativo português já prevê norma que regulamenta a relação

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

entre o princípio da legalidade e estados excepcionais de necessidade no âmbito dos processos administrativos:

> Artigo 3º (Princípio da legalidade):
> 1 - Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins.
> 2 - Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração (Portugal, 2015).

O legislador português esteve atento à possibilidade de desconsiderar o contexto fático que fundamentou a elaboração das normas legais. E assim, previu a possibilidade de flexibilização do princípio da legalidade administrativa, quando o sistema normativo for incapaz de dar respostas eficazes. A medida é bastante salutar. Como afirmado anteriormente, mesmo em situações de normalidade, é impossível ao legislador prever todas situações futuras no campo de atuação do administrador público. A racionalidade do Código de Procedimento Administrativo português foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 13.655/2018, matéria que será abordada no tópico seguinte.

3 RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DE AGENTES PÚBLICOS EM FACE DA LEI Nº 13.655/2018

O ordenamento jurídico brasileiro teve um significativo avanço com a promulgação da Lei nº 13.655/2018, que acrescentou dez dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei nº 12.376/2010 à antiga Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-lei nº 4.675/1942). Os dispositivos mais importantes para o presente estudo são os arts. 22 e 28, introduzidos pela Lei nº 13.665/2018. O art. 22 dispõe: "Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados". Já o art. 28 prescreve: "O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro" (Brasil, 2018a).

O art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) tem por objetivo reduzir irrealismo jurídico dos órgãos de controle. Os membros do controle costumam discordar de soluções adotadas pelos administradores públicos, mesmo quando suas ações são razoáveis, diante da indeterminação do direito (Jordão, 2018, p. 67). O referido dispositivo permite uma maior flexibilização, quando concede ao intérprete realizar a aplicação do direito público, em razão do contexto e das circunstâncias fáticas a que está submetido o gestor. A ausência dessa análise contextual acerca das decisões administrativas vinha gerando efeitos práticos adversos e insegurança jurídica para o administrador público (Jordão, 2018, p. 69).

Para fins de dirimir esse problema, a Lei nº 13.655/2018 fez uma contraposição entre as concepções consequencialistas e o ideal deontológico. Segundo Cruz (2018, p. 32-33), defensores do consequencialismo ético, de modo geral, entendem que o juízo moral de determinada ação depende, necessariamente, da análise de suas consequências. Já para os deontologistas, que seguem a doutrina ética de Kant, a moralidade não é determinada pelas consequências de uma ação, mas pela observância a um dever puro imposto à consciência. Ao analisar essa contraposição entre o tradicional deontologismo presente no ordenamento jurídico e as ideias consequencialistas trazidas pela Lei nº 13.655/2018, Santolim (2019) chega à conclusão de que as duas concepções não são incompatíveis. Esclarece que, para ser aplicado, o direito deve estar datado de determinados valores, porém sem comprometer sua capacidade de produzir resultados.

No entendimento de Jordão (2018, p. 72), a inclusão do art. 22 à LINDB não altera a forma de atuação do gestor público nem transfere sua responsabilidade para o controlador. Não significa que o administrador público vai deixar de atuar de acordo com a lei e o direito, que ficará isento das sanções por abusos cometidos no exercício de suas atividades. O objetivo é fazer com que os órgãos de con-

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

trole levem em consideração as escolhas públicas diante da escassez de recursos e outras circunstâncias fáticas, que motivaram o gestor a interpretar determinadas decisões administrativas no enfrentamento de uma situação excepcional. Essa medida trará mais segurança jurídica e constituirá mais garantias aos gestores de boa-fé. Sabendo-se que o legislador não pode prever todas as situações de aplicação de uma determinada norma, não é razoável transferir essa responsabilidade para o intérprete.

O art. 28 da LINDB prescreve que "o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro" (Brasil, 1942). Assim, mesmo considerando que a decisão do gestor público foi contrária à lei, sendo passível de sanção, faz-se necessário demonstrar que o agente agiu com dolo ou cometeu erro grosseiro. O conceito de dolo é bastante conhecido, ao contrário do que ocorre com a identificação de erro grosseiro. Certamente, não está incluído no conceito geral de culpa. Caso fosse essa a intenção do legislador, haveria sentido usar outra terminologia para indicar a mesma categoria jurídica. Por outro lado, segundo Binenbojm e Cyrino (2018, p. 213), o erro grosseiro não se afasta das noções de imprudência, negligência e imperícia. O § 2º do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou o art. 28 da LINDB, define erro grosseiro como aquele "manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia" (Brasil, 2019a). Portanto, o erro grosseiro corresponde a uma culpa grave, que não pode ser justificada no caso concreto. A diferença entre erro grosseiro e culpa situa-se no grau da gravidade do ato.

Alguns doutrinadores fazem a diferenciação entre a responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa de que trata o art. 28 da LINDB e a responsabilidade dos agentes públicos pelos danos causados a terceiros. Esta última está prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (Brasil, 1988). Estabelece, portanto, a possibilidade de ação regressiva contra os agentes causadores do dano, nos casos de dolo ou culpa. Tratando-se de preceito constitucional, não caberia ao legislador alterar esses requisitos, de modo que o art. 28 não trataria dessa responsabilidade específica. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União que a citada norma não afeta os requisitos da responsabilidade financeira por débito, conforme disposição do Acórdão nº 2391/2018 (Brasil, 2018b). Discordando desse posicionamento, Binenbojm e Cyrino (2018, p. 216) entendem que não haveria qualquer impeditivo ao legislador infraconstitucional, caso desejasse especificar o grau ou a intensidade do conceito de culpa. Portanto, não haveria incompatibilidade entre o art. 28 da LINDB e o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

O Tribunal de Contas da União firmou o entendimento de que o erro grosseiro resta configurado "quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto" (Acórdão nº 2860/2018) (Brasil, 2019b). Contudo, o conceito de administrador médio a que se refere o TCU fica caracterizada de imprecisão, recebendo críticas da doutrina (Palma, 2018). Talvez corresponda ao perfil daquele gestor puramente burocrático, que aplica a legislação de forma automática. Seria uma espécie de "Hércules administrativo", nas palavras de Binenbojm e Cyrino (2018, p. 205). Por sua vez, Ribeiro (2018), compara-o a um "administrador médium", que consegue antecipar os entendimentos futuros do controlador.

É preciso reconhecer que não se trata de tarefa fácil de analisar o contexto fático em que são tomadas as decisões administrativas. Mais complexo ainda é identificar o dolo ou o erro grosseiro. No entanto, o enfrentamento dessas questões faz-se necessário na busca de uma administração eficiente. Caso a administração pública se limitasse a aplicar automaticamente as normas jurídicas, sem levar em consideração o contexto fático, haveria perda de eficiência no desempenho de suas funções. Essa flexibilização se impõe como necessidade em uma situação de pandemia e calamidade pública. Nesses casos, o sistema normativo é incapaz

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

de indicar diretrizes a seguir. O controle das decisões administrativas tomadas nesse contexto deve levar em consideração o estado de anormalidade, de modo a proteger o gestor de boa-fé. Em situação de calamidade pública, deve-se aplicar o princípio da razoabilidade. Um controle equilibrado inibe o abuso de poder pelos agentes públicos. Já um controle exacerbado pode configurar abuso de poder por parte do próprio controlador, impedindo a implementação de políticas públicas essenciais (Jordão, 2018).

4 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como demonstrado, a Lei nº 13.655/2018 adotou um critério de racionalidade interpretativa e consequencialista, quando da análise decorrentes das interpretações nas ações administrativas. Por sua vez, a Medida Provisória nº 966/2020 trouxe regras específicas para o contexto da pandemia da COVID-19. Editada em 13 de maio de 2020, é composta de apenas três dispositivos, todos relacionados à responsabilização de agentes públicos. No art. 1º, estabelece como condição a ocorrência de dolo ou erro grosseiro para a configuração da responsabilidade dos agentes públicos, nas esferas civil e administrativa, por atos ou omissões. Os arts. 2º e 3º estabelecem os critérios para a definição e posterior aferição da prática de erro grosseiro (Brasil, 2020b). Conforme consta da exposição de motivos, o propósito da medida provisória é proteger os gestores públicos que praticarem atos de boa-fé tanto no enfrentamento direto da pandemia quanto no gerenciamento dos seus efeitos econômicos e sociais. Alega-se também que, apesar das recentes reformas promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tais normas são insuficientes no enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente da COVID-19.

Em sua essência, os elementos norteadores da medida provisória são semelhantes aos da Lei nº 13.655/2018, por seu caráter consequencialista. Significa que não houve uma inovação no ordenamento jurídico, mas uma especificação de normas já existentes. Há um consenso de que normas específicas são importantes em determinadas situações. Para Neves (2007, p. 32), mesmo quando uma nova lei ocupa-se de matéria já suficientemente tratada em outros diplomas legais, ela não é necessariamente considerada simbólica, porque pode contribuir para assegurar a efetivação do conteúdo normativo em abstrato. Esse foi o caso da medida provisória em análise. Ante a situação excepcional e imprevista decorrente da pandemia da COVID-19, fez-se necessário o estabelecimento de parâmetros específicos para dar suporte às decisões adotadas.

Vale ressaltar, entretanto, que nem todas as disposições da Medida Provisória nº 966/2020 já estavam previstas expressamente no ordenamento jurídico. O art. 1º, ao usar o vocábulo “somente”, difere da redação do art. 28 da LINDB. A citada expressão faz referência ao dolo e ao erro grosseiro. Portanto, não representa uma inovação, mas sim uma forma de deixar expressa a intenção do legislador, ao redigir o art. 28 da LINDB.

Já a regra disposta no §1º do art. 1º afasta a correlação automática entre o agente público que emite uma opinião técnica e aquele que utiliza como base para decidir. Trata-se, sem dúvida, de uma inovação no plano normativo, ao buscar proteger o gestor de boa-fé que decide com base em opiniões que fogem da sua alçada de conhecimento. A ausência de conhecimentos aprofundados sobre determinado tema pode afastar o elemento subjetivo necessário para a responsabilização, apesar de existir o nexo de causalidade entre a decisão e eventuais danos dela decorrentes. Nesse sentido, o § 2º do art. 1º prescreve que o mero nexo de causalidade entre a conduta e o dano não gera automática responsabilização do agente público. Essas duas regras estão de acordo com o entendimento já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à improbidade administrativa, ao decidir: “A Lei de Improbidade Administrativa não visa a punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé” (REsp 1819704/MG) (Minas Gerais, 2019).

Por sua vez, o art. 2º trata da definição de erro grosseiro, repetindo a redação do § 2º do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou o art. 28 da

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

LINDB. O art. 3º da MP nº 966/2020 trouxe mais uma inovação, ao especificar os requisitos que devem ser levados em consideração para a aferição do erro grosseiro. Nesse sentido, dispõe:

> Art. 3º. Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:
> I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;
> II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;
> III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;
> IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público;
> V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas (Brasil, 2020b).

Instado a manifestar-se sobre o tema, por meio de sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 6431/DF, ADI 6421/DF, ADI 6422/DF, ADI 6424/DF, ADI 6425/DF, ADI 6427/DF e ADI 6428/DF), o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente medida cautelar para estabelecer a interpretação que deve ser dada à Medida Provisória nº 966/2020, fixando os seguintes parâmetros:

> 1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
> 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos (Brasil, 2020c).

De modo geral, a decisão confirma a presunção da constitucionalidade da medida provisória, na medida em que não determinou a suspensão de dispositivos no âmbito da medida cautelar. Com isso, mantém-se a vigência da medida provisória até que venha a ser confirmada ou rejeitada pelo Poder Legislativo, sem prejuízo do julgamento final das citadas ações diretas de inconstitucionalidade.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela justiça, no atual mundo globalizado, é um problema complexo, que envolve relações de causa e efeito, até certo ponto, incompreensíveis. As normas do ordenamento jurídico, criadas com o propósito de disciplinar as condutas humanas, não podem prever todos os contextos fáticos de sua aplicação. Isso resulta em uma incompletude que deve ser solucionada nos casos concretos com base em princípios, postulados normativos e cláusulas gerais do próprio sistema.

Medidas como isolamento social, quarentena e *lockdown* não são novidade. Cite-se, por exemplo, o livro "Um diário do ano da peste", escrito por Daniel Defoe. O autor narra os horrores da epidemia da peste bubônica que afetou a Inglaterra no ano 1665. Para surpresa de muitos, o referido autor retrata uma situação bastante semelhante à da pandemia da COVID-19, inclusive no que tange às medidas adotadas (Defoe, 2014, p. 55). Além desta, outras pandemias já afetaram gravemente a humanidade. A diferença básica em relação à COVID-19 está no fato de a sociedade hodierna é globalizada, mas desenvolvida e mais complexa.

As questões envolvendo a atuação dos agentes públicos no enfrentamento de uma pandemia caracterizam-se por gerarem, inevitavelmente, uma relação de causa e efeito. Em razão dessa evidência, torna-se necessário o recurso ao conhecimento técnico-científico para buscar a melhor forma de agir, mesmo não havendo consenso. Problemas relativos a protocolos médicos, substâncias que podem servir para o tratamento da doença, aparelhos que podem auxiliar na proteção dos profissionais da saúde, entre outros, surgem com grande intensidade e afetam as decisões administrativas. Nesse cenário de crise, a interpretação de normas sancionatórias, especialmente em situações de anormalidade, deve levar em consideração o as circunstâncias em que as condutas foram adotadas. Nesses casos, não é possível fazer-se a aplicação de normas jurídicas de maneira automática, pressupondo que o legislador teve a capacidade de prever todas as ocorrências fáticas.

No processo de enfrentamento, por parte da administração pública, da crise gerada pela pandemia da COVID-19, é aceitável a utilização de um conceito mais amplo do princípio da legalidade, desde que sejam respeitados os pressupostos de juridicidade e os preceitos constitucionais. Abre-se a possibilidade de uma atuação dentro do direito, com base em seus princípios e postulados, sem deixar de lado a concretização dos interesses públicos essenciais. Não se trata de admitir a prática de ações contrárias ao direito, mas sim de permitir a atuação do administrador público, dentro do contexto em que está inserido, agindo sempre de boa-fé.

Essa racionalidade consequencialista foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.655/2018. Em seu texto, determina, expressamente, que sejam considerados os obstáculos e as reais dificuldades enfrentados pelo administrador público na consecução dos objetivos colimados pelo sistema normativo. Além disso, será necessária a comprovação de dolo ou erro grosseiro nas condutas dos agentes públicos, para que haja sua responsabilização civil ou administrativa, não bastando a existência de mera culpa. No mesmo sentido, tratando, especificamente, da pandemia da COVID-19, a Medida Provisória nº 966/2020 especificou os parâmetros para a responsabilização dos agentes públicos. Aplicando-a de acordo com a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, certamente haverá mais segurança jurídica para o administrador público bem intencionado, sem prejuízo da punição daqueles cujas decisões venham a contrariar os parâmetros estabelecidos.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44672/44977. Acesso em: 30 maio 2020.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, 2018. Edição Especial. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255. Acesso em: 30 maio 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.675, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

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 26 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na suspensão de tutela antecipada 175/CE. Suspensão de Segurança. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, nº 76, 30 mar. 2010.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2391/2018 – TCU**. Tomada de contas especial. Supostas irregularidades na liquidação e pagamento de despesas de contrato de prestação de serviços de transporte executivo. Relator: Ministro Benjamin Zymler, 17 de outubro de 2018b.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1819704/MG**. Administrativo e processual civil. Ação civil pública [...]. Recorrente: Tallis Araújo Moutinho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Herman Benjamin, 1 de outubro de 2019b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901663881&dt_publicacao=11/10/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2860/2018 - TCU**. Relatório de auditoria. Apuração de prejuízos causados ao Postalis - Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos. Relator: Augusto Sherman, 28 de janeiro de 2019c.

BRASIL. **Exposição de motivos interministerial nº 00153/2020/ME/CGU**. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, 12 maio 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-966-20.pdf. Acesso em: 30 maio 2020.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

BRASIL. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Atos de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos**. Brasília, DF: STF, maio 2020c. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1. Acesso em: 30 maio 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O direito administrativo no divã do estado constitucional de direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 195-228, 2014. Disponível em: https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/101. Acesso em: 30 maio 2020.

CRUZ, Daniel Nery da. O problema da fundamentação moral: critérios consequencialistas e deontológicos. **Discusiones Filosóficas**, Manizales, v. 19, n. 33, p. 31-37, July 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-61272018000200031. Acesso em: 30 maio. 2020.

DEFOE, Daniel. **Um diário do ano da peste**. 3. ed. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2014.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. A desnecessária medida provisória nº 966. **Jota**, São Paulo, 15 maio 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-desnecessaria-medida-provisoria-no-966-15052020. Acesso em: 30 maio 2020.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Revista dos Tribunais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 84-115, 1995.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. **Direito Público**, Brasília, v. 11, n. 60, p. 25-50, 2014. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353. Acesso em: 30 maio 2020.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, 2018. Edição Especial. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255. Acesso em: 30 maio 2020.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Marins Fontes, 1998.

MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, 2014. Disponível em: http://bibliotecadigital.fg v.br/ojs/index.php/rda/article/view/18916. Acesso em: 30 maio 2020.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo**: temas fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o 'administrador médio' do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. **Jota**, São Paulo, 22 ago. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018. Acesso em: 30 maio 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Interpretação jurídica: do dogma da completude ao sistema aberto. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (org.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1, p. 47-65.

PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital. Decreto-Lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015. No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 42/2014, de 11 de julho, aprova o novo Código do Procedimento Administrativo. **Diário da República**: Série I, Lisboa, n. 4, 7 jan. 2015. Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/66041468/details/maximized?p_auth=a0a2asGQ. Acesso em: 30 maio 2020.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Vetos à LINDB, o TCU e o erro grosseiro dão boas-vindas ao "administrador médium". **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 ago. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/leonardo-coelho-vetos-lindb-tcu-erro-grosseiro. Acesso em: 30 maio 2020.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Ainda sobre a Lei nº 13.655/2018: sobre compatibilizar deontologismo e consequencialismo. **Revista Eletrônica do TCE-RS**, Porto Alegre, p. 162-165, 2019. Edição Especial. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/197484/001097776.pdf?sequence=1. Acesso em: 30 maio 2020.

STUMPFF, Andrew Morrison. The law is a fractal: the attempt to anticipate everything. **Loyola University Chicago L.aw Journal,** Chicago, v. 44, p. 649, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2157804##. Acesso em: 30 maio 2020.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.52818

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

MULTIPARENTALIDADE: ESPAÇOS EM CONSTRUÇÃO

PAIANO, Daniela Braga. **Multiparentalidade:** Espaços em Construção. Indaiatuba: Editora Foco, 2025.

Isabela Nabas Schiavon

Doutoranda e Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. Professora. E-mail: isabela.schiavon@uel.br.

Matheus Vendrame Monti

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: matheus.vendrame@uel.br

Daniela Braga Paiano, em sua obra "Multiparentalidade: Espaços em Construção", fruto de seu estágio pós-doutoral na Universidade de São Paulo (USP), trata acerca dos aspectos contemporâneos da multiparentalidade, isto é, da possibilidade de uma pessoa natural, em âmbito jurídico, conter registro de múltiplos vínculos parentais, sejam eles biológicos ou socioafetivos. Estruturada por meio da análise do Tema 622 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, avalia-se este hodierno instituto do Direito de Família – com seus primeiros casos tendo sido registrados em 2012 – sob a ótica da igualdade jurídica dos filhos e da não hierarquização entre as espécies de filiação.

De início, no capítulo inaugural, denominado de "*A multiparentalidade judicial*", vislumbrou-se desde os antecedentes da fixação da tese até suas consequências. Partindo do conflito entre o pai biológico não registral e o pai socioafetivo registral, constata-se que o entendimento majoritário ora optava em manter um, ora outro. Enquanto do surgimento do exame de DNA havia uma tendência em retirar o pai socioafetivo do registro, com o debate crítico doutrinário, o melhor interesse do infante passou a tomar frente, prevalecendo assim o pai socioafetivo no registro em detrimento do biológico.

Com a análise de uma maior quantidade de ações familiares no Poder Judiciário, aferiu-se que, em muitas ocasiões, tanto genitores biológicos, quanto socioafetivos, exerciam as funções de ascendentes de forma concomitante. A partir disso, a possibilidade jurídica de multiparentalidade veio à tona, admitindo-se a inserção de ambos no registro de forma simultânea. E foi nesse viés que o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 chegou ao Supremo Tribunal Federal, abrangendo maior segurança jurídica ao fixar a tese de que a paternidade socioafetiva, registrada ou não, não impediria o vínculo de filiação concomitantemente à biológica.

Com essa coexistência, rompeu-se com o modelo tradicional de filiação, fornecendo maior valor à igualdade jurídica dos filhos e ao direito à busca pela felicidade. A margem jurídica aberta pela Suprema Corte propiciou que demais tribunais em solo tupiniquim analisassem lides familiares com vieses mais contemporâneos, dado este também analisado minuciosamente pela autora Daniela Braga Paiano, mais especificamente em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – posteriores à fixação da Tese.

Ao realizar um recorte dos entendimentos do STJ e do TJSP, analisa-se desde a parte que realiza a propositura da ação – seja ela avó, tia ou irmã –, até os efeitos extrapatrimoniais e patrimoniais do reconhecimento da multiparentalidade. Enquanto neste tem-se, à título de ilustração, a fixação de alimentos, previdência e herança, há naquele a inserção do nome do genitor ao do filho, a formação de parentesco e impedimento matrimonial com três famílias e a regulamentação de guarda e convivência.

Ademais, concomitantemente ao surgimento deste instituto na seara judicial, aborda-se no capítulo segundo temáticas acerca '*Da multiparentalidade extrajudicial*". A preocupação do legislador em permitir soluções por meio de vias administrativas, quando não houver litígio – além de não englobar filhos crianças e adolescentes incapazes –, conforme rememorado na obra, advém da Lei n. 11.441/2007, ao possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por tais trâmites, bem como da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Em tal contexto, mais precisamente no ano de 2013, alguns Tribunais Estaduais começaram a editar provimentos permitindo o reconhecimento da filiação socioafetiva em cartório. Assim, a pedido do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), surgiu o Provimento n. 63/2017 do CNJ, que uniformizou tal procedimento, sendo este o marco do reconhecimento da multiparentalidade pelas vias extrajudiciais em território nacional. Ainda no ponto de desjudicialização de conflitos e desburocratização promovida pelo Poder Legislativo, surgiu os Provimento n. 83/2019 do CNJ, objetivando sanar determinadas lacunas ao exigir mais requisitos para efetivação desta espécie de filiação, e n. 149/2023, esclarecendo, principalmente, a questão da reprodução assistida, ambos por intermédio dos cartórios.

Outrossim, no terceiro capítulo da obra, intitulado "*Dos aspectos controvertidos da multiparentalidade*", realiza-se um paralelo da multiparentalidade com outros importantes institutos do Direito de Família. A autora inicia tal tese ao traçar laços com a adoção, em que, de acordo com o artigo 1593 do Código Civil e artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o infante romperia os vínculos com a família de origem, criando-se um vínculo com a família que recebe este filho. Ocorre que a multiparentalidade poderia, segundo Daniela Braga Paiano, flexibilizar este entendimento em determinadas ocasiões, como é o caso da adoção de grupos de irmãos e de desejo de investigação de paternidade biológica.

Vale ressaltar, também, os paralelos realizados em comparação à: dupla paternidade biológica ou socioafetiva, seja por meio de divórcios e casamentos posteriores de seus genitores, ou até mesmo dos efeitos do exame denominado "DNA Twin Test"; reprodução assistida heteróloga, regida por resoluções do Conselho Federal de Medicina, em que o resguardo do sigilo e a não revelação da identidade do doador é preceito fundamental, não formando a multiparentalidade, salvo a exceção de doador de material genético por parentes de até quarto grau, em que o anonimato restaria abalado por um exame de DNA; inseminações caseiras, podendo a multiparentalidade ser um efeito, já que não há sigilo; e negatória de paternidade, sendo necessário comprovar vício de consentimento para êxito. É interessante pontuar que o livro destaca, no mesmo tópico, a questão da sucessão na linha ascendente, propondo a divisão em três linhas, nos termos do Enunciado n. 642 das Jornadas de Direito Civil.

Por fim, a autora também abarca, nos capítulos finais, a proposta de alteração do Código Civil, verificando que se encontra em sinergia com a tese do reconhecimento da multiparentalidade, bem como traz sugestões de alterações legislativas.

Assim, tendo em vista o exposto, a obra é de suma importância para o entendimento da contemporaneidade do Direito de Família, em especial dos passos dados pelo Direito a fim de se encontrar pareado com a realidade vivenciada diariamente pelas famílias brasileiras.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.52835

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CAPÍTULO V – DIREITO E ESTADO, DA OBRA "TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO" DE E. B. PACHUKANIS

PACHUKANIS, Evguiéni B. Teoria geral do direito e marxismo. São Paulo. Boitempo, 2017.

Jussara Romero Sanches

Doutoranda e Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advgoda. Professora. E-mail: jussara.romero@uel.br.

Sophia Manera Ferreira

Graduanda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: sophia.manera.ferreira@uel.br.

No capítulo "Direito e Estado" da obra Teoria Geral do Direito e Marxismo, Pachukanis rompe com a neutralidade aparente do Direito e revela sua verdadeira natureza, qual seja, uma forma histórica de organização social a serviço da dominação burguesa.

Entende-se que longe de ser um instrumento universal de justiça, o Direito é expressão direta das necessidades de uma sociedade baseada na troca mercantil e na propriedade privada , sendo os fundamentos centrais do capitalismo, sendo utilizado para a manutenção dos interesses da classe dominante, que se utiliza das leis como forma da perpetuação da exploração das classes inferiores, para que assim, a burguesia perpetua suas amarras sociais.

Segundo o autor, o surgimento do Estado moderno coincide com o desenvolvimento do comércio e da economia monetária. À medida que a troca se tornou um fenômeno cotidiano, surgiram estruturas jurídicas e institucionais para garantir segurança contratual e proteção da propriedade.

Nesse sentido, o desenvolvimento do Estado burguês ocorreu a partir da necessidade de intervir nas relações de troca, uma vez que os próprios agentes do mercado não conseguiam regular essas relações apenas com base em sua autoridade individual.

Assim, o sistema capitalista de trocas passou a demandar a presença de um terceiro elemento que assegurasse mutuamente os direitos dos detentores de mercadorias enquanto proprietários, além de estabelecer normas que orientassem as interações comerciais entre eles.

Para Pachukanis, o Estado não é uma entidade autônoma ou neutra, na medida em que sua função é garantir a manutenção das relações capitalistas de produção. Isso se expressa de múltiplas formas, como nas relações pessoais entre membros do aparelho estatal e a classe dominante.

A força da burguesia não se impõe apenas por leis e normas, mas por uma rede complexa de vínculos sociais e econômicos invisíveis à estrutura jurídica formal, ou seja, o Estado, assim como o direito, se tornam formas da sociedade burguesa.

Essa dominação assume uma forma camuflada, pois o poder de uma classe é apresentado como o poder de uma norma objetiva, e a coação deixa de ser percebida como imposição direta de um homem sobre o outro. Em vez disso, ela é mediada pelo contrato, pela ideia de igualdade jurídica entre sujeitos e pelo funcionamento aparentemente impessoal do Estado. Entretanto, é essa "impessoalidade" que permite a naturalização das desigualdades de classe, transformando interesses de uma minoria em regras de convivência universal.

Nesse sentido, de acordo com Pachukanis, o Estado se torna um mecanismo da burguesia, substituindo uma ideologia religiosa, sendo muito mais forte e conveniente, na medida em que o Estado passa a representar uma suposta vontade geral, o que na verdade se caracteriza pela imposição de uma ideologia burguesa, com uma exploração, agora, através de mecanismos estatais e normativos, com essa falsa ideia de liberdade e igualdade.

A teoria jusnaturalista, antes utilizada para justificar a revolução burguesa contra o feudalismo, passa então a cumprir outra função, dar legitimidade à ordem jurídica burguesa como se fosse eterna e imutável. A teoria jurídica posi-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

tiva, ao afirmar que o Estado é a fonte das normas e que estas são a expressão da vontade geral, contribui para esconder a origem de classe dessas decisões.

Essa tese é visivelmente reforçada por Pachukanis no final do capítulo, quando o autor demonstra que, com o acirramento da luta de classes, a burguesia abandona progressivamente o discurso de um Estado de Direito neutro e revela sua essência, a violência organizada de uma classe dominante. O Estado, então, não é mero mediador, mas um agente ativo na conservação da estrutura de dominação.

Por fim, a crítica de Pachukanis demonstra que a norma jurídica é instrumento da dominação capitalista. A forma contratual, a noção de igualdade jurídica, o próprio conceito de legalidade são fundados em uma lógica que pressupõe e perpetua desigualdades.

Para o autor, o combate ao capitalismo exige não apenas enfrentar a burguesia em suas instituições, mas desmontar as bases jurídicas que tornam essa dominação possível e legítima.

Assim, o Direito não pode ser reformado para atender ao socialismo, deve ser superado, sendo assim, é necessário desmistificar sua função e reconhecer que, na luta de classes, o Estado e o Direito são armas poderosas da burguesia para manter seu domínio sobre a classe trabalhadora.

CC BY NC ND