



REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

 CEJUR

PGEAM

Procuradoria Geral do Estado

2024



PGEAM

Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



 **CEJUR**



AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PGEAM
Procuradoria Geral do Estado

 **CEJUR**

R. PGE	Manaus-AM	a. 40	n. 44	2024
--------	-----------	-------	-------	------

GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Miranda Lima

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Giordano Bruno Costa da Cruz

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Mateus Severiano da Costa

SUBPROCURADORES-GERAIS ADJUNTOS DO ESTADO

Eugênio Nunes Silva e Isaltino José Barbosa Neto

CORREGEDORA

Clara Maria Lindoso e Lima

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Clara Maria Lindoso e Lima - Coordenadora

COMISSÃO EDITORIAL

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	Patricia Petruccelli Marinho
Daniel Pinheiro Viegas	Rafael Cândido da Silva
Eugênio Nunes Silva	Ricardo Antônio Rezende de Jesus
Heloyza Simonetti Teixeira	Ticiano Alves e Silva

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO

Aretuza Carvalho Ribeiro	Clara Maria Lindoso e Lima
Artur Cesar Cunha dos Santos Junior	Hellen Cristina Silva Moraes
Cássia Maísa Bezerra da Silva Fernandes	Milva Costa Serudo Martins

DIRETOR-PRESIDENTE DA IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO DO AMAZONAS

João Ribeiro Guimarães Júnior

GERÊNCIA DE SERVIÇOS EDITORIAIS

Daniela Cavalcante da Silva

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Ana Luiza de Almeida Parente

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Manaus, Procuradoria-Geral do Estado, Centro de Estudos Jurídicos, 1983. Manaus: Imprensa Oficial do Estado do Amazonas, 2024. 224 p.: 18x25 cm.

ISSN 1807926- 1

1983-2024 (1-44)

D.Q.C. 340.05

Os artigos assinados não representam necessariamente a opinião da Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas. A transcrição de matérias contidas na Revista da Procuradoria-Geral do Estado só será permitida com citação da fonte.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Rua Emílio Moreira, 1308 – Praça 14 de Janeiro
CEP: 69020-040 – Manaus-AM – Fone: 92 3649-3108

PROCURADORES DO ESTADO DO AMAZONAS EM 2024

PROCURADORES DE PRIMEIRA CLASSE

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
ANGELA BEATRIZ GONÇALVES FALCÃO DE OLIVEIRA BASTOS
CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO
CLARA MARIA LINDOSO E LIMA
ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA
EVANDRO EZÍDRO DE LIMA REGIS
HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
INDRA MARA DOS SANTOS BESSA
LUIS CARLOS DE PAULA E SOUSA
MARCELO AUGUSTO ALBUQUERQUE DA CUNHA
MARIA FLORÊNCIA SILVA
MARIA HOSANA DE SOUZA MONTEIRO
ONILDA ABREU DA SILVA
PATRÍCIA PETRUCCELLI MARINHO
RICARDO ANTÔNIO REZENDE DE JESUS
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
RONALD DE SOUSA CARPINTEIRO PERES
SIMONETE GOMES SANTOS ARAÚJO

PROCURADORES DE SEGUNDA CLASSE

ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA
BENEDITO EVALDO DE LIMA MORENO
CARLOS ALEXANDRE MOREIRA DE CARVALHO MARTINS DE MATOS
CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
DANIEL PINHEIRO VIEGAS
FABIANO BURIOL
FÁBIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
GLÍCIA PEREIRA BRAGA
INGRID KHAMÝLLA MONTEIRO XIMENES DE SOUSA
ISABELA PERES RUSSO
KALINA MADDY MACÊDO COHEN
KARLA BRITO NOVO
LEILA MARIA RAPOSO XAVIER LEITE
LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH
LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA
MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO
RAFAEL CÂNDIDO DA SILVA
RAQUEL BENTES DE SOUZA DO NASCIMENTO
RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PERES
TATIANNE VIEIRA ASSAYAG TOLEDO
TICIANO ALVES E SILVA
YOLANDA CORRÊA PEREIRA

PROCURADORES DE TERCEIRA CLASSE

ALDENOR DE SOUZA RABELO
ALINE TEIXEIRA LEAL NUNES
ALTIZA PEREIRA DE SOUZA
ANA MARCELA GRANA DE ALMEIDA
ANDREA PEREIRA DE FREITAS
ARTHUR MARCEL BATISTA GOMES
BEATRIZ FERNANDES BEZERRA
CAMILLA PEREIRA DE MARCOS
DÉBORA BANDEIRA DIAS KOENOW
DIOGO DINIZ FERREIRA DE CARVALHO
ÉLIDA DE LIMA REIS CORREA
ERNANDO SIMIÃO DA SILVA FILHO
ERNESTO GOMES ESTEVES NETO
EUGÊNIO AUGUSTO CARVALHO SEELIG
EUGÊNIO NUNES SILVA
FRANKLIN ARTHUR MARTINZ FILHO
GABRIELA MUNIZ DE MOURA
GIORDANO BRUNO COSTA DA CRUZ
HELGA COSTA MENDONÇA DE REZENDE
HENRIQUE COLLAR VEITH
ISALTINO JOSÉ BARBOSA NETO
ISVALDO LOPES DE SALES
IVÂNIA LÚCIA SILVA COSTA
JANILSON DA COSTA BARROS
JOÃO PAULO PEREIRA NETO
JOSÉ GEBRAN BATOKI CHAD
JUCELINNO ARAÚJO LIMA
KERINNE MARIA FREITAS PINHEIRO
LAÉRCIO DE CASTRO DOURADO JUNIOR
LEANDRO VINICIUS FONSECA ROZEIRA
LISIEUX RIBEIRO LIMA
LORENA SILVA DE ALBUQUERQUE
LUAN SILVA SEMINÁRIO
LUCAS PEDROSA FERNANDES
LUCIANA ARAÚJO PAES
LUCIANA BARROSO DE FREITAS
MATEUS SEVERIANO DA COSTA
MICAEL PINHEIRO NEVES SILVA
NATASHA YUKIE HARA DE OLIVEIRA VASQUEZ
PAULO BERNARDO LINDOSO E LIMA
PAULO VICTOR COSTA BRITO
RAFAEL LINS BERTAZZO
RENAN TAKETOMI DE MAGALHÃES

ROBERTA RODRIGUES VIANA
ROGER VITORIO OLIVEIRA SOUSA
SÁLVIA DE SOUZA HADDAD
STEPHANIE ANDRADE FREITAS
TADEU DE SOUZA SILVA
THELCYANNE DE CARVALHO NUNES DIAS
THIAGO ARAÚJO REZENDE MENDES
THIAGO OLIVEIRA COSTA
VANESSA LIMA DO NASCIMENTO
VICTOR FABIAN SOARES CIPRIANO
VICTOR HUGO FREIRE SALDANHA
VIRGÍNIA NUNES BESSA
VIVIAN MARIA OLIVEIRA DA FROTA

PROCURADORES INATIVOS ATÉ JUNHO DE 2024

ALBERTO BEZERRA DE MELO
ALBERTO GUIDO VALÉRIO
ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO JORGE DE SALES
ALZIRA FARIAS DA FONSECA DE GOES
FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
JACIREMA SANTANA PAES
JARI VARGAS
JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
JOSÉ BERNARDO CABRAL
JOSÉ MARTINS DE ARAÚJO
JOSÉ SODRÉ DOS SANTOS
JÚLIO CÉSAR DE VASCONCELLOS ASSAD
JÚLIO CÉZAR LIMA BRANDÃO
LEONARDO PRESTES MARTINS
LEONOR DO CARMO MOTA VILA
LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
MARIA BEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS
MIOSÓTIS CASTELO BRANCO
NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES ANGELUCI
OLDENEY SÁ VALENTE PAULO LOBATO TEIXEIRA
RAIMUNDO FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA
RUTH XIMENES DE SABÓIA
SERGIO VIEIRA CARDOSO
SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
SUELY XAVIER LIMA
VIVIEN MEDINA NORONHA

PROCURADORES DO ESTADO FALECIDOS ATÉ JUNHO DE 2024

OSMAR PEDROSA
ELZAMIR MUNIZ FRADE
MOACIR DA SILVA
BENTO VITAL DE OLIVEIRA
JOÃO NOGUEIRA DA MATA
AURELIANO RIBEIRO CARMINÉ
ADRIÃO SEVERIANO NUNES NETO
ONESMO GOMES DE SOUZA
FRANCISCO DE ASSIS A. PEIXOTO
JORGE DE REZENDE SOBRINHO
HÉLIO SEBASTIÃO DE CASTRO LIMA
MÁRIO JORGE COUTO LOPES
PAULO DE LA CRUCE DE GRANA MARINHO
PLÍNIO RAMOS COELHO
WALTER BARBOSA DOS REIS
DARCY DE SANTANA COSTA
EDUARDO MAGNANI DA ENCARNAÇÃO
ADALBERTO ANDRADE DE MENEZES
RUY BRASIL CORRÊA
EROS PEREIRA DA SILVA
VICENTE DE MENDONÇA JÚNIOR
SÍLVIA PUCU STEPHANO
ADSON SOUZA LIMA
ELSON RODRIGUES DE ANDRADE
WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA
SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO
FERNANDO DE MELO COLLYER CAVALCANTE
ROOSEVELT BRAGA DOS SANTOS
JAIME CARVALHO ARANTES
JACIREMA SANTANA PAES
JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
VITOR HUGO MOTA DE MENEZES
ANTÔNIO MENDES DO CARMO
JAYME ROBERTO CABRAL ÍNDIO DE MAUÉS
BENEDITO DE JESUS AZEDO
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
JOÃO BOSCO DANTAS NUNES

DIREÇÃO SUPERIOR



Giordano Bruno Costa da Cruz
Procurador-geral



Mateus Severiano da Costa
Subprocurador-geral



Eugênio Nunes Silva
Subprocurador-geral adjunto I



Isaltino José Barbosa Neto
Subprocurador-geral adjunto II



Clara Maria Lindoso e Lima
Corregedora

PROCURADORIAS ESPECIALIZADAS

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA

Procurador-Chefe: Eugênio Augusto Carvalho Seelig

PROCURADORIA DO JUDICIAL COMUM-PJC

Procurador-Chefe: Leonardo de Borborema Blasch

PROCURADORIA JUDICIAL DA SAÚDE-PJS

Procuradora-Chefe: Vanessa Lima do Nascimento

PROCURADORIA DO PESSOAL CIVIL-PPC

Procurador-Chefe: Renan Taketomi de Magalhães

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO-PPT

Procuradora-Chefe: Maria Hosana de Souza Monteiro

NÚCLEO ESTRATÉGICO DE SOLUÇÕES DE DEMANDAS REPETITIVAS

Procurador-Chefe: Aldenor de Souza Rabelo

PROCURADORIA DO MEIO AMBIENTE-PMA

Procurador-Chefe: José Gebran Batoki Chad

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO-PPIF

Procurador-Chefe: Rafael Cândido da Silva

PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-PROCONT

Procurador-Chefe: Marcello Henrique Soares Cipriano

PROCURADORIA DE EXECUÇÕES FISCAIS-PROEF

Procuradora-Chefe: Kalina Maddy Macedo Cohen

PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA EXTRAJUDICIAL-PRODACE

Procuradora-Chefe: Patrícia Petruccelli Marinho

PROCURADORIA PREVIDENCIÁRIA E FINANCEIRA-PPF

Procuradora-Chefe: Luciana Guimarães Pinheiro Vieira

PROCURADORIA DO ESTADO DO DISTRITO FEDERAL-PGE/DF

Procurador-Chefe: Ricardo Antônio Rezende de Jesus

PROCURADORIA DO PESSOAL MILITAR-PPM

Procurador-Chefe: Debora Bandeira Dias Koenow

NÚCLEO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Procuradora-Chefe: Sálvia de Souza Haddad

ASSESSORIA ESPECIAL

Procuradora-Chefe: Isabela Peres Russo

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA PÚBLICA

Diretora: Heloysa Simonetti Teixeira

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Coordenadora: Clara Maria Lindoso e Lima

COORDENADORIAS

COORDENADORIA DE PARCELAMENTO DA DÍVIDA ATIVA

Procurador-Chefe: Patrícia Petruccelli Marinho

COORDENADORIA DE CÁLCULOS E PERÍCIA - CCALC

Procurador-Chefe: Rômulo de Souza Carpinteiro Peres

SETOR DE CONTROLE DE PRECATÓRIOS - SPREC

Procuradora-Chefe: Roberta Ferreira de Andrade Mota

CÂMARA DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS – CPRAC

Procuradora-Chefe: Élida de Lima Reis Correa

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
A NOSSA CAPA, MONUMENTO À ABERTURA DOS PORTOS	17
AS FERRAMENTAS DIGITAIS COMO VIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA DEFENSORIA PÚBLICA DO AMAZONAS <i>Alexandre de Castro Torres</i> <i>Heloyza Simonetti Teixeira</i>	19
TEORIA MATERIALISTA DA CONEXÃO NO PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE ECONÔMICA <i>Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti Ormond</i>	29
O PAPEL DA LEI ALDIR BLANC NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CULTURA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO AMAZONAS <i>Anne Paiva de Alencar</i>	45
CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: O USO DA CONSTITUIÇÃO NO ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA <i>Emily Alves de Lima Jacintho</i> <i>Albfredo Melo de Souza Junior</i>	61
A NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DE JURISDIÇÃO POR DECISÕES DE IMPROCEDÊNCIA DE ANULAÇÃO E REVISÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS <i>Frederico Augusto Sampaio Veiga</i>	73
JUSTIÇA RESTAURATIVA E ADVOCACIA PÚBLICA SUSTENTÁVEL <i>Ivania Lúcia Silva Costa</i>	85
A POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS <i>Joyce Joanny de Oliveira Leitão Limeira</i> <i>Michelle Costa Silva</i>	109
A DIFICULDADE EM SE EXTRAIR AS RAZÕES DE DECIDIR DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO <i>Jucelinno Araújo Lima</i>	121
CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME: O DEBATE DOUTRINÁRIO ENTRE AS TEORIAS BIPARTIDA E TRIPARTIDA <i>Lázaro Apopi Ferreira da Silva de Queiroz</i>	133

ATUAÇÃO DAS PROCURADORIAS NO COMITÊ GESTOR DO IBS: INDAGAÇÕES SOBRE O NOVO MODELO INSTITUCIONAL <i>Luan Silva Seminario</i>	147
DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ATUAIS CONTORNOS <i>Paulo Victor Costa Brito</i> <i>José Gebran Batoki Chad</i> <i>Clara Léda Rodrigues</i>	165
DA INCONSTITUCIONAL CONCESSÃO DE VALORES A EX-GOVERNADORES: ESTUDO DE CASO DA CONCESSÃO DE VALORES DA ADI Nº 4547 AM E SEUS EFEITOS NA MANUTENÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 75/2011 <i>Priscila Krys Morrow Coelho Resende</i> <i>Samuel Alves Resende</i>	181
SUBVENÇÕES E CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS – UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DOS PRINCÍPIOS DO PACTO FEDERATIVO E DA ISONOMIA ENTRE A UNIÃO E OS ESTADOS-MEMBROS – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA <i>Renata Elaine Silva Ricetti Marques</i> <i>Juliana Alves de Carvalho</i>	199
A ATUAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CUIDADO PALIATIVO <i>Sálvia Haddad</i> <i>Patrícia Petruccelli Marinho</i>	215

APRESENTAÇÃO

A advocacia pública desempenha um papel vital na administração da justiça e na proteção dos interesses coletivos e do Estado. Nesta revista nº 44 da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, reunimos uma seleção criteriosa de artigos que oferecem uma visão profunda e diversificada sobre essa área fundamental do Direito. Esta coletânea é uma contribuição significativa para a compreensão e o desenvolvimento da advocacia pública, reunindo perspectivas acadêmicas e práticas de especialistas que vivenciam o estudo jurídico não apenas em teoria, mas principalmente em prática.

Esta é uma obra indispensável para advogados, acadêmicos e profissionais do Direito interessados em aprofundar seu conhecimento sobre a advocacia pública. Através de uma análise abrangente e atualizada dos principais temas e desafios da área, esta coletânea oferece insights valiosos e provoca reflexões importantes para o aprimoramento contínuo da prática.

Esta coletânea é recomendada para todos que atuam ou estudam o Direito Público, incluindo advogados, juízes, acadêmicos e estudantes, proporcionando uma visão crítica e atualizada dos desafios e das oportunidades na advocacia pública.

Giordano Bruno Costa da Cruz

Procurador-Geral do Estado do Amazonas

A nossa capa, Monumento à Abertura dos Portos



Foto: Instituto Durango Duarte

A edição de 2024 da Revista Jurídica da PGE homenageia o **Monumento à Abertura dos Portos às Nações Amigas**. Localizado no Largo de São Sebastião, na frente do Teatro Amazonas, na cidade de Manaus, estado do Amazonas, esse monumento celebra importante momento histórico do país, quando o imperador Dom João VI, em 1808, abriu os portos brasileiros ao comércio com países amigos, promovendo o desenvolvimento econômico e a modernização do país.

Um primeiro Memorial, inaugurado em 1867, era mais simples e em formato de obelisco, registrando a data do acontecimento histórico. Em 1899, com a riqueza advinda da

exploração da borracha, ergueu-se outro monumento, mais imponente e de maior valor artístico, sob a supervisão e criação do artista italiano Domenico de Angelis, que na época dedicava-se à decoração do salão nobre do Teatro Amazonas, então em construção. Todo material usado no monumento foi importado da Europa, especialmente da Itália.

Inaugurado em 1900, no ano da comemoração do quarto centenário do Brasil, o monumento simboliza os quatro “cantos do mundo”: Ásia, América, África e Europa, cada um é representado por uma embarcação, com um menino sentado.

O monumento registra a data de XV de Novembro — instauração da República no Brasil — ressaltando o nome de José Cardoso Ramalho Júnior, na época governador do Estado do Amazonas.

Construído em mármore, granito e bronze, a obra é uma alegoria ao comércio. O deus Mercúrio, símbolo da Indústria e do Comércio, fica no topo do monumento. A figura principal é composta pela escultura de uma mulher — que representa a Amazônia — com uma tocha na mão direita, enquanto que a esquerda pousa sobre o ombro do deus Mercúrio — divindade romana que simboliza o Comércio —, colocado em plano inferior. Nas faces do pedestal quadrangular, estão retratados quatro continentes do globo terrestre.

As ferramentas digitais como via de acesso à justiça na Defensoria Pública do Amazonas¹

Alexandre de Castro Torres²
Heloyza Simonetti Teixeira³

RESUMO

O estudo aborda o implemento das ferramentas digitais de atendimento pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas – DPE/AM desde a pandemia da Covid-19, especialmente no uso da mediação e conciliação nos núcleos que atuam junto às Varas de Família. Questiona-se: as ferramentas digitais de atendimento constituem um instrumento eficiente de acesso à justiça? Entre as hipóteses constam que acordos extrajudiciais celebrados de forma virtual logram mais êxito que os presenciais. Seu percurso tem como objetivo geral analisar como a DPE/AM vem atuando virtualmente em proporcionar o acesso à justiça aos hipossuficientes. Para tanto, especificamente procurou demonstrar o processo de construção legal da Defensoria Pública como instituição primária, voltada à ampliação do acesso à justiça e o protagonismo institucional da DPE/AM para esse fim. Metodologicamente empregou-se o Método Hipotético-Dedutivo com pesquisa de caráter exploratório e descritivo com técnica qualitativa documental com utilização de fontes primárias e secundárias incluindo revisão bibliográfica. Como fontes de pesquisa foram realizadas consultas em livros, artigos e sites oficiais relacionados ao tema. Constatou-se que as barreiras tecnológicas vivenciadas durante os atendimentos virtuais não lhe minaram a eficácia em proporcionar o acesso à justiça de forma inovadora.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Ferramentas digitais. Defensoria Pública do Amazonas.

1 Texto parcialmente publicado como 1º capítulo da obra As diversas faces dos direitos sob a ótica do Direito, ISBN 978-65-5460-112-2, publicada pela editora Fundação Fênix.

2 Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA); Pós-graduando em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade LEGALE.

3 Graduação em Direito e Economia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM); Especialização em Direito Civil pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM); Mestrado em Direito - Universidade do Estado do Amazonas (UEA); Doutorado em Direito Constitucional - Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora Universitária. Procuradora do Estado do Amazonas. Atual Diretora da Escola Superior de Advocacia Pública da PGE-AM.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com Cappelletti e Garth (1988, p. 12) o acesso à justiça é um “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

A concepção moderna da acessibilidade à justiça se posiciona não somente em favor de atuação proativa do Estado na proteção aos direitos individuais, mas de forma assistencial.

Segundo Norões (2022), a Defensoria Pública figura como instituição alinhada a essa concepção de acesso à justiça, sendo imprescindível recordar a previsão constitucional de sua existência no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que tem estrita relação com o acesso à justiça.

Depreende-se que a Defensoria Pública, instituição inaugurada pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, atua para proporcionar o acesso à justiça aos chamados “hipossuficientes”. Todavia, sua função institucional não se restringe a “mera persecução do acesso ao Judiciário” (NORÕES, 2022, p.14), uma vez que também viabiliza a obtenção da justiça dentro de seu próprio âmbito de atuação em prol dos seus assistidos.

Desde o ano 2020 a realização de acordos por meio de audiências virtuais, sobretudo no âmbito familiar é uma realidade no âmbito da DPE/AM herdada dos desafios e adversidades impostas pela pandemia da Covid-19 que considerou a medida como de ordem excepcional para a prevenção e combate do novo coronavírus (DOEDPEAM, 2020). No contexto do Judiciário, a prática igualmente passou a ser adotada nas audiências judiciais mediante a Resolução n. 329/2020 do CNJ (BRASIL, 2020).

A presente pesquisa demonstra a atuação da Defensoria Pública do Amazonas na adequação tecnológica de seus atendimentos, a fim de continuar cumprindo seus deveres institucionais durante e após a suspensão dos atendimentos presenciais gerada pela pandemia em 2020.

Portanto, objetiva-se analisar como a DPE/AM vem atuando virtualmente em proporcionar o acesso à justiça aos hipossuficientes. Para tanto, especificamente procurou demonstrar o processo de construção legal da Defensoria Pública como instituição primária, voltada à ampliação do acesso à justiça e o protagonismo institucional da Defensoria Pública do Amazonas para esse fim. Questiona-se: as ferramentas digitais de atendimento constituem um instrumento eficiente de acesso à justiça? Entre as hipóteses constam que acordos extrajudiciais celebrados de forma virtual logram mais êxito que ao presenciais. Seu percurso tem como objetivo geral analisar como a DPE/AM vem atuando virtualmente em proporcionar o acesso à justiça aos hipossuficientes. Para tanto, especificamente procurou demonstrar o processo de construção legal da Defensoria Pública como instituição primária, voltada à ampliação do acesso à justiça e o protagonismo institucional da Defensoria Pública do Amazonas para esse fim. O estudo se deu sob o Método Hipotético-Dedutivo, com uma pesquisa de caráter exploratório e descritivo com técnica qualitativa documental com utilização de fontes primárias e secundárias incluindo revisão bibliográfica. Como fontes de pesquisa foram realizadas consultas em livros, artigos e as divulgações do sítio institucional da Defensoria Pública do Estado do Amazonas.

2. PAPEL CONSTITUCIONAL E O PROTAGONISMO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO AMAZONAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA

A CF/88 destinou aos cidadãos economicamente vulneráveis a assistência judiciária como um meio de acesso à justiça. Nesse sentido, restou consagrado no rol de direitos fundamentais o 5º, XXXV⁴ (ASSIS, 2019). Adiante, no art. 134⁵, a Defensoria Pública é institucionalizada com eficácia limitada, todavia consagrando sua existência nas esferas estadual e federal (BRASIL, 1988).

No entanto, o legislador constituinte não lhe assegurou a autonomia, sendo esta concretizada gradualmente em períodos posteriores de que sobreveio a Lei Complementar 80/94 (BRASIL, 1994) que balizou a atuação do órgão e de seus membros, bem como estabeleceu os princípios orientadores da sua atividade em proporcionar o acesso à justiça aos seus destinatários.

Com a Emenda Constitucional n. 45/04 (BRASIL, 2004), restou assegurada a autonomia funcional as Defensorias Públicas estaduais e com as Emendas Constitucionais n. 69/2012 e 71/2013 (BRASIL, 2012, 2013) cuidou-se de oficializar as autonomias funcionais das Defensorias vinculadas ao Distrito Federal e da União (ASSIS, 2019). Denota-se uma atuação legislativa procrastinatória em patentear a autonomia funcional administrativa e financeira à instituição.

Sobre o fato, esclarece Assis (2019) que havia insegurança dos constituintes em relação a um órgão apto a atuar contra interesses econômicos e até mesmo políticos.

Evidencia-se que essa mesma insegurança se manteve nas legislaturas que sucederam a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988 vindo a se consolidar a necessária autonomia às Defensorias Públicas anos após a promulgação da nova CF/88 em que foram instituídas. É que, para atuar em prol do acesso efetivo à justiça, entende-se como fundamental que Defensoria Pública se desprenda das amarras políticas que a limitam institucionalmente. Os destinatários da assistência jurídica potencialmente necessitam litigar em face de interesses políticos e econômicos. Essa possibilidade é citada pelo autor:

Exercer a defesa intransigente dos direitos fundamentais dos mais necessitados exige ferramentas que assegurem a liberdade de atuação da Defensoria Pública. Isso se mostra ainda mais relevante quando se verifica que uma parte considerável dos litígios acompanhados pela instituição envolve grupos econômicos, violações de direitos perpetradas pelo poder público ou interesses políticos diversos. (ASSIS, 2019, p. 198)

Esclarece Moreira (2017) que a inovação da CF/88 não se deu pela previsão da assistência judiciária, mas pela obrigatoriedade de se criar uma instituição específica voltada a esse

4 Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

5 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

serviço. Anteriormente, a assistência era efetivada no país conforme os modelos relatados por Cappelletti e Garth. O novo texto constitucional, porém, trouxe demasiado detalhamento em alguns dispositivos, dentre os quais os que tratam da assistência jurídica:

Os constituintes, além de estabelecerem que o acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado, também definiram que a defesa e a orientação jurídica de pessoas carentes devem ser realizadas por uma nova instituição, composta por servidores concursados e com certas características específicas: a Defensoria Pública. (MOREIRA, 2017)

Em ótica mais ampla, é equivocado conceber que a Defensoria Pública só atende aos que se encontram em vulnerabilidade econômica. Nesse olhar, como um direito fundamental, a Defensoria interessa a sociedade:

[...] o trabalho preventivo, desestimulador de práticas contrárias ao justo. Outro, não menos importante, consiste na defesa de um julgamento justo ao jovem pobre que, por variadas circunstâncias, eventualmente comete um delito, e que, sem a Defensoria Pública a orientar-lhe e a defender-lhe, provavelmente voltará a incidir no mesmo erro, culpando o Estado que não lhe ampara. Por outro lado, em função do desequilíbrio econômico, é preciso lembrar que a condição de necessitado ou de privilegiado não é perene, e é justamente a Defensoria Pública que, por exemplo, é capaz de oportunizar a comerciante em crise, a assessoria jurídica indispensável ao prosseguimento de seu negócio e à recuperação do seu *status quo* com a manutenção de empregos, dentre inúmeras outras possibilidades [...] (ROCHA, 2005, p. 03).

Portanto, para a pesquisadora, embora um grupo de cidadãos não seja o destinatário direto da assistência prestada pela Defensoria Pública, pode dela beneficiar-se.

Ainda, as Defensorias Públicas foram concebidas para alcançar demandas que sequer chegam à apreciação jurisdicional. Nessa missão, a Defensoria Pública não se restringe a levar demandas ao Poder Judiciário, mas também busca realizar a justiça e contribuir para a pacificação da mesma forma que a jurisdição (NORÕES, 2022).

Assim, criada a partir da Lei Complementar estadual n. 01/1990 (AMAZONAS, 1990), a DPE/AM emprega contínuos esforços de expansão por todo o território do Amazonas (ARRUDA E SANTOS, 2020). Somadas as barreiras orçamentárias (NORÕES, 2020), há as geográficas a serem dribladas pela atuação dos núcleos itinerantes que intencionam levar a assistência jurídica às populações amazonenses que habitam regiões mais longínquas em relação a capital e cujo acesso é dificultoso, dado o acesso exclusivamente fluvial.

Esse processo de expansão se iniciou com a criação de um polo em Parintins no ano de 2018, seguindo-se da inauguração de polos permanentes no interior do Estado (ARRUDA E SANTOS, 2020). O estímulo a resolução consensual de conflitos figura como uma das principais ações da DPE/AM no intuito de ampliar o acesso à justiça.

Atualmente estão instalados em todo o Estado mais de 100 (cem) polos distribuídos regionalmente. A DPE/AM atua em diversas áreas do Direito como Cível, Consumidor, Criminal, Coletivo, Direitos Humanos, Família, Registros Públicos Sucessões e Saúde (AMAZONAS, 2023).

Na oferta de atendimentos o órgão dispõe e coloca à disposição do assistido uma variedade de canais a depender da área em que se busca assistência: são eles Disk-129, sítio específico para agendamentos, números de *WhatsApp*, *Telegram* e aparelho celular. Faz-se necessário agendamento prévio, com exceção de causas que demandem urgência, caso em que o assistido pode buscar a sede administrativa com plantão aos sábados, domingos e feriados entre 08 e 17h ou entrar em contato via telefone (AMAZONAS, 2023).

Os atendimentos são classificados em iniciais e forenses, sendo os primeiros dedicados ao início de ações judiciais e à promoção de acordos extrajudiciais. Quanto aos forenses, são atendimentos para onde se direcionam assistidos que já figuram como parte em ação judicial e que necessitam da assistência da DPE/AM para impulsioná-lo ou que são citados ou notificados em processo judicial a seu desfavor e que não dispõem de condições financeiras para contratar os serviços de um advogado.

Depreende-se que a DPE/AM desempenha significativos esforços para se aproximar dos cidadãos que dela necessitam, utilizando as ferramentas tecnológicas nesse processo para alcançar a melhor prestação possível e organizando-se internamente para viabilizar o atendimento de forma mais célere e eficiente.

É no quadro, portanto, do melhor atendimento ao hipossuficiente como mandamento constitucional e da sua atuação como gestora de solução de conflitos como regra principiológica do CPC/2015 que se instituiu em seu âmbito a efetivação do instrumento da mediação virtual.

3. CELEBRAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS VIRTUAIS

A pandemia da Covid-19 impôs inovações nos procedimentos do polo e da Defensoria Pública. Durante suspensão das atividades presenciais, acordos extrajudiciais foram realizados por meio de plataformas virtuais de videochamada. No entanto, o procedimento esbarrava na impossibilidade de assinatura dos termos de acordo pelas partes, fundamental para lhes conferir validade, mesmo porque os documentos são protocolados junto ao Poder Judiciário para a homologação judicial, conferindo maior segurança jurídica ao ato.

A fim de driblar essas dificuldades, na busca de meios de obtenção das assinaturas sem a necessidade obtê-las de forma manuscrita, sagrou-se exitosa e aceita externa e internamente ao órgão a validação por meio de *links* obtidos via *QR Code*.

O método consiste em um breve vídeo gravado pela parte em que se identifica, cita a data do acordo e declara que participou da audiência promovida pela Defensoria e concorda com todos os termos constantes no acordo. O vídeo é enviado por aplicativos de mensagens instantâneas (*Telegram* ou *WhatsApp*, a depender do meio em que ocorreu a comunicação com a Defensoria) e postado em canal específico da plataforma *Youtube*, com acesso limitado aos interessados, sobretudo juízes e promotores que o fazem por meio do *QR Code* disponibilizado no documento. O método foi aceito pelas Varas de família e pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, possibilitando a celebração de 2.432 acordos extrajudiciais entre junho de 2020 a abril de 2021 (AMAZONAS, 2021).

Embora contido o cenário pandêmico, a Defensoria Pública do Amazonas mantém os atendimentos na modalidade virtual para viabilizar o atendimento a assistidos que por questões financeiras, físicas, judiciais ou profissionais têm dificuldade de comparecer presencialmente ao polo. A maioria logra o devido êxito quando verificada a adequação do acordo aos parâmetros legais pelo Ministério Público e Poder Judiciário.

4. SUCESSOS E ENTRAVES DOS ATENDIMENTOS VIRTUAIS

Segundo informações divulgadas em 2023 pelo portal institucional do órgão, número de demandas no âmbito familiar trazidas a Defensoria Pública do Amazonas é maior, tendo sido registrados no período de janeiro de 2020 a abril de 2021, 234.950, contra 222.344 da área criminal e 119.651 no ramo cível. O mesmo resultado se repete no ano de 2022, em que até o mês de novembro se contabilizou mais de 282 mil atendimentos. Embora houvesse restrições a atividades presenciais impostas pela pandemia da Covid-19, a DPE/AM conseguiu manter seu funcionamento e ampliar sua capacidade de atendimento não somente pelo avanço das instalações pelos municípios do interior do estado, como também pela implementação das ferramentas.

Após o fim das medidas de isolamento social impostas pela pandemia, com a consequente retomada das atividades presenciais, a modalidade virtual de atendimentos foi mantida, desta vez como alternativa além da tradicional modalidade presencial.

Em pesquisa realizada pela Innovate Consultores Associados divulgada pela assessoria de comunicação da DPE/AM, verificou-se que 92% dos assistidos em um grupo composto por mais de 300 pessoas preferem a opção pelo atendimento presencial, em razão da possibilidade de diálogo direto com o defensor ou defensora o que se reputa mais eficaz. (AMAZONAS, 2023)

Nesse cenário de virtualização dos atendimentos ofertados pelo órgão, mostraram-se as vulnerabilidades tecnológicas dos beneficiários da DPE/AM. Essa realidade também é vivenciada em âmbito nacional no próprio Poder Judiciário, pois segundo Minomi e Paes (2021, p. 402):

[...] à medida que a digitalização do acesso à justiça abre espaço a novas possibilidades e apresenta inúmeros benefícios, é a partir dela que vem à tona a vulnerabilidade digital de alguns sujeitos – fato complicador sobretudo para que as pessoas mais carentes de recursos econômicos acessem o sistema de justiça.

Lembram os autores que o CPC/15 em seus artigos 198 e 199 estabelecem ao Poder Judiciário o dever de disponibilização de equipamentos que proporcionem o acesso aos processos digitais, uma inovação legislativa em prol da acessibilidade (MINOMI e PAES, 2021).

Acredita-se na importância de as unidades da Defensoria Pública do Amazonas também disponham de equipamentos informáticos à disposição dos assistidos para consultas processuais.

Depara-se ainda com a dificuldade de alguns hipossuficientes em lidar com as ferramentas digitais, conforme o relato da defensora Lorena Torres em um dos atendimentos virtuais

realizados, o assistido não conseguia acionar a câmera de seu dispositivo móvel. (AMAZONAS, 2023). O fato evidencia que as barreiras tecnológicas não se expressam somente pela propriedade de equipamento em si, como também pelo conhecimento dos assistidos quanto ao uso dos equipamentos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa abordou o implemento de ferramentas digitais pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas como via alternativa para o acesso à justiça e a análise de entraves que surgiram com a virtualização dos atendimentos no órgão, uma medida imposta pela pandemia da Covid-19 em 2020.

Na realização do estudo abordou-se o processo de construção legal da Defensoria Pública como órgão primário voltado à ampliação do acesso à justiça e o protagonismo da DPE/AM para esse fim.

Embora se evidencie certo êxito na implementação, garantindo o acesso à justiça aos hipossuficientes, restaram ainda as barreiras tecnológicas, expressas pela disponibilidade de recursos tecnológicos pelos assistidos e as dificuldades de alguns em lidar com elas.

Pode-se entender que as barreiras tecnológicas enfrentadas, conquanto não ainda não superadas, não foram capazes de reduzir a eficiência dos atendimentos virtuais para a concretização do acesso à justiça durante a suspensão das atividades presenciais da DPE/AM nos anos de 2020 e 2021. Esse quadro, proporciona a definitividade do emprego da tecnologia com o intuito de virtualizar a atuação do órgão, ampliando com isso a capacidade de atendimento aos hipossuficientes e quanto mais o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. **Defensoria Pública: Histórico, Afirmação e Novas Perspectivas**. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 12, 185-209, 2019. Disponível em: <<https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/205>>. Acesso em 30 jul. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CNJ. **Resolução n. 329/2020**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>>. Acesso em: 03 jun. 2024.

Criatividade a serviço do acesso à justiça. Defensoria Pública do Estado do Amazonas. Disponível em <https://defensoria.am.def.br/2021/05/13/criatividade-a-servico-do-acesso-a-justica/>. 13. Maio 2021. Acesso em 12 jul. 2023.

Defensoria presta atendimento no Cejusc para a resolução de conflitos na área de família. **Defensoria Pública do Estado do Amazonas**. Disponível em <https://defensoria.am.def.br/2021/07/30/defensoria-presta-atendimento-no-cejuscparaaresolucao-de-conflitos-na-area-de-familia/> 30 jul. 2021. Acesso em 13 jul. 2023.

DEFENSORIA promove manhã de atendimentos jurídicos voltados para o direito de família. **Defensoria Pública do Estado do Amazonas**. Disponível em: <https://defensoria.am.def.br/2023/06/19/defensoria-promove-manha-deatendimentosjuridicos-voltados-para-o-direito-da-familia/>. 19 jun. 2023. Acesso em 12 jul. 2023.

DEFENSORIA cria sistema para acordos digitais em processo da área da Família. **A crítica**. Disponível em: <https://www.acritica.com/manaus/defensoria-cria-sistema-para-acordos-digitais-em-processo-da-area-da-familia-1.38940>. 22. Jun. 2020. Acesso em 07 ago. 2023.

DEFENSORIA inaugura núcleo de atendimento no shopping Grande Circular e reforça atendimento na Zona Leste de Manaus. **Defensoria Pública do Estado do Amazonas**. Disponível em: <https://defensoria.am.def.br/2023/07/24/defensoria-inaugura-nucleo-de-atendimento-no-shopping-grande-circular-e-reforca-atendimento-na-zona-leste-de-manaus/>. 24 jul. 2023. Acesso em 29 ago. 2023.

Diário Oficial Eletrônico da Defensoria Pública do Estado do Amazonas. Manaus, AM, 2020. Ano 5, **Edição 1.193**. 17. Mar.2020. <https://diario.defensoria.am.def.br/wp-content/uploads/2022/09/Edicao-1193-2020.pdf>. Acesso em 02 abril. 2023.

Diário Oficial Eletrônico da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, AM, 2020. Ano 5, **Edição 1.195**. 18. Mar.2020. <https://diario.defensoria.am.def.br/wp-content/uploads/2022/09/Edicao-1195-2020.pdf>. Acesso em: 02 abril. 2023.

Diário Oficial Eletrônico da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, AM, 2020. Ano 6, **Edição 1.225**. 11. Mar.2020 <https://diario.defensoria.am.def.br/wp-content/uploads/2022/09/Edicao-1225-2020.pdf>. Acesso em: 02 abril. 2023.

MINAMI, Marcos Youji; PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. **Vulnerabilidade digital: uma nova barreira ao acesso à justiça pelas pessoas pobres**. Revista Juris Poiesis, Rio de Janeiro. V. 24, n. 34, p. 399-419, 2021.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. **A constitucionalização da Defensoria Pública: disputas por espaço no sistema de justiça**. Revista opinião pública. Vol. 23, nº 3, 647-681, 2017. Disponível em: https://www.cesop.unicamp.br/por/opiniao_publica/artigo/572. Acesso em 30 jul. 2023.

NORÕES, Carolina Matos Carvalho. **Ouvidoria externa como instrumento de ampliação do diálogo entre a população e a Defensoria Pública do Amazonas**. Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos. Fortaleza. 144 p. 2022. Acesso em:<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=12009977>. Acesso em 30 jul. 2023.

PESQUISA mostra que 93,5% dos assistidos estão satisfeitos com a defensoria do AM. **Defensoria Pública do Estado do Amazonas**. Disponível em: <https://defensoria.am.def.br/2023/07/25/pesquisa-mostra-que-935-dos-assistidos-estao-satisfeitos-com-a-defensoria-do-am/>. 25 jul. 2023. Acesso em 29 ago. 2023

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública e transformação social**. Revista Pensar. v. 10, n. 10, p. 1-5, 2005. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/755/1617>. Acesso em 15 jul. 2023.

SANTOS, Antonela Martins dos & ARRUDA; Monique de Souza. (2020). **Perfil Geral de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Estado do Amazonas**. Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA. Vol. 1. Nº 2. 1-25. Disponível em: <http://periodicos.uea.edu.br/index.php/equidade/article/view/1793>. Acesso em 30 jul. 2023.

Teoria materialista da conexão no Processo Civil: uma análise econômica

Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti Ormond¹

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 adotou no artigo 55, §3º, a teoria materialista da conexão. O dispositivo permite a reunião de processos com relação de prejudicialidade, ainda que sem identidade de pedido ou de causa de pedir. O objetivo é evitar decisões conflitantes ou contraditórias, privilegiando a satisfação do direito material. Sob o ponto de vista jurídico, aumenta-se a eficiência da administração judiciária e a eficiência endoprocessual, conforme o artigo 37 da Constituição Federal e a moderna processualística. Além disso, o artigo 55, §3º, do CPC revela racionalidade econômica: atua para a correção de assimetrias de informação e para a diminuição dos custos sociais do processo. Também incentiva o melhor comportamento dos litigantes, ao dificultar o ajuizamento de demandas sucessivas e frívolas – i.e., externalidades negativas da decisão de litigarem. Conclui-se, portanto, que o debate possui relevância para o acesso à justiça no Brasil e em especial para a Fazenda Pública, envolvida em demandas em massa e em contingências orçamentárias.

Palavras-chave: Direito processual civil. Análise Econômica do Direito. Conexão.

1. INTRODUÇÃO

Em uma perspectiva ortodoxa, direito e economia são como água e óleo. Disciplinas que não se misturam. A primeira requer humanidade; a segunda, frieza.

Felizmente, o raciocínio não procede. Tanto o direito quanto a economia originam-se do comportamento humano. Um fenômeno pode ser analisado concomitantemente sob o ponto de vista jurídico e sob o ponto de vista econômico. Da junção de perspectivas nasce a jus economia, disciplina que auxilia o intérprete a melhor compreender os eventos à sua volta. O presente estudo segue tais premissas.

¹ Especialista em direito administrativo pela Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro - RJ. Graduada em Direito e em Letras pela PUC-RJ. Ex-advogada parecerista da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, em São Paulo - SP. Analista judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, no Rio de Janeiro - RJ.

Para tanto, realizou-se um recorte no amplo universo do direito brasileiro: optou-se pelo processo civil. Dentro deste, escolheu-se um tema de especial importância para o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV): a conexão, fato jurígeno e corriqueiro nos fóruns. Dentro do instituto da conexão processual, optou-se pela teoria materialista: adotada pelo Código de Processo Civil (CPC), no artigo 55, §3º.

Como examinaremos no capítulo 2, o artigo 55, §3º, ampliou a incidência da conexão em relação ao CPC de 1973. A partir de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, o CPC de 2015 permitiu a reunião de processos com relação de prejudicialidade entre si, *ainda que* sem identidade de pedido ou de causa de pedir. O objetivo foi evitar decisões conflitantes ou contraditórias, privilegiando a satisfação do direito material. Dessa forma, estabeleceu-se uma barreira para os litigantes. Atentou-se para os efeitos deletérios do ajuizamento de demandas semelhante sem juízos e comarcas diferentes.

A alteração normativa nos revela a preocupação do legislador com a *eficiência* (CF, art. 37): eficiência da administração judiciária e eficiência endoprocessual, que envolvem recursos preciosos – como tempo, pessoas e orçamento. Nesse sentido, o CPC de 2015 reiterou a decisão do constituinte reformador. Segundo a EC nº 45/2004, o processo há de ser célere e de duração razoável (CF, art. 5º, LXXVIII).

Percebe-se, portanto, que o ordenamento jurídico é criado por pulsões e debates que podem até mesmo se cristalizar em normas constitucionais. Trata-se da convivência dos seres humanos, denominados como “agentes econômicos” pelo fato de realizarem as melhores escolhas possíveis em um cenário de recursos escassos e contextos dinâmicos. No capítulo 3 trataremos da matéria, usando as ferramentas conceituais da Análise Econômica do Direito (AED).

A partir da correlação do direito e da economia (capítulo 4), verificaremos que a regra do artigo 55, §3º, do CPC 2015 não impacta apenas o processo civil. Pelo fato de o direito ordenar condutas, ele oferece incentivos aos agentes, para que busquem uma atividade pública – no caso, a jurisdição – menos custosa. Existe uma racionalidade econômica, voltada à redução dos custos de transação, à correção de assimetrias informacionais e à internalização, pelos agentes, das externalidades negativas que decorrem da decisão de litigar em judicialmente.

A racionalidade econômica, no âmbito do processo civil, auxilia as atividades da Fazenda Pública, sempre premida por interesses múltiplos e por restrições do erário.

Destaque-se, ainda, que a abordagem utilizada neste estudo possui caráter *positivo* – com base na norma vigente – e não *preditivo* – que implicaria em proposição de alternativas diante do quadro institucional. Observamos o direito posto e dele extraímos consequências, a partir dos achados identificados.

2. TEORIA MATERIALISTA DA CONEXÃO NO PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal de 1988 foi pródiga na concessão de direitos e garantias, fato compreensível após a Carta de 1967, outorgada por um regime político opressor.

Consequência direta da fruição daqueles direitos e garantias, o acesso à justiça aparece em diversos dispositivos, como: (i) art. 5º, XXXV – inafastabilidade da tutela jurisdicional

–; (ii) art. 5º, LXXIII – ação popular e tutela de interesses difusos, *não apenas individuais*–; (iii) art. 5º, LXXIV – assistência judiciária gratuita –; (iv) art. 98, I – juizados especiais –; (v) art. 134 – Defensoria Pública para os necessitados.

A construção do acesso à justiça deu-se na sede adequada, a Constituição Federal. A legislação infraconstitucional acompanhou o raciocínio democrático, como se verifica no Código de Processo Civil de 2015, do qual mencionamos: (i) art. 3º – inafastabilidade da tutela jurisdicional, temperada pela solução consensual dos conflitos –; (ii) arts. 98 a 102 – gratuidade de justiça –; (iii) arts. 185 a 187 – Defensoria Pública.

Criado pela Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004), o Conselho Nacional de Justiça disponibiliza à sociedade um farto repositório de informações, para transparência e controle. O relatório *Justiça em Números* divulga estatísticas sobre receitas, despesas, movimentações processuais, desempenho, produtividade e outros dados coletados *empiricamente*– i.e., sem abstrações, com base nos casos concretos –, em todos os ramos do Poder Judiciário brasileiro.

Para o ano-base de 2022 informou-se que, “[e]m média, a cada grupo de mil habitantes, 127 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2022” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, p. 102). “Durante o ano de 2022, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 31,5 milhões de processos e foram baixados 30,3 milhões. Houve crescimento dos casos novos em 10%” (p. 93).

O *Anuário da Justiça Brasil 2024* –lançado no recentíssimo 22 de maio de 2024, em cerimônia no STF – apresentou dados sobre o ano-base de 2023. Confirmou-se o viés de crescimento: “em 2023 foram protocolados 35 milhões de casos novos, 32% a mais do que em 2020” (CONJUR EDITORIAL, p. 20). Ou seja, acima de 10% em relação a 2022.

São números expressivos, que confirmam a multiplicidade de interesses – e conflitos – da sociedade atual. O acesso à justiça, combinado com as inovações tecnológicas, tem repercutido nas várias disciplinas do direito. Na esfera cível, por exemplo, houve a redução de prazos prescricionais pelo Código de 2002, que revogou o de 1916 – oriundo da República Velha, em um Brasil eminente agrário.

De modo geral, o Código Civil de 2002 reduziu sensivelmente os prazos prescricionais, atento à maior celeridade da vida contemporânea, com seus meios velozes de comunicação e de transporte, que facilitam cada vez mais o exercício dos direitos (SCHREIBER, 2022, p. 150).

A doutrina processualista confirma a multiplicidade de feitos judiciais e a existência de demandas multitudinárias. Ao discorrer sobre a Fazenda Pública em juízo, Leonardo Carneiro da Cunha aponta para situação rotineira, verificada nos foros de todo país, em virtude de interesses transindividuais, ações coletivas (CF, art. 5º, LXXIII) e demandas em massa.

Com efeito, não é raro que uma determinada situação atinja, em massa, uma quantidade exagerada de pessoas, que diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito. [...] emandas cuja solução é a *mesma*; ao decidir o *primeiro* caso, o juízo estará dando solução a todos os demais (2007, p. 91-92, grifos no original).

Nesse contexto de inúmeros litigantes, causas de pedir e pedidos, o instituto da conexão processual merece olhar cuidadoso. Não raro, as demandas relacionam-se entre si. Para compreendermos a evolução do instituto, vale a pena recorrermos a Cândido Dinamarco. O excerto abaixo refere-se ao CPC de 1973, com rápido panorama sobre a extensão que era dada à conexão.

Conexo significa interligado. Conexidade, ou *conexão de causas*, é a relação de semelhança entre duas ou várias demandas que tenham um ou mais elementos constitutivos em comum, sem terem todos (nessa hipótese demandas não seriam conexas, mas *iguais*: CPC, art. 103 e art. 301, § 2º) (2004, p. 148-149, grifos no original).

Naquela oportunidade vigia o artigo 103. Transcrevemos:

Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Passados os anos e, no espírito de sua época, o CPC de 2015 ampliou a incidência do instituto. Aproveitou ao máximo o caráter racionalizador da conexão, típico de um ambiente processual em que as demandas, os interesses e a prática de atos são múltiplos. O artigo 55 do Código (i) manteve o desenho original de 1973– conexão por identidade de pedido ou causa de pedir (art. 55, *caput*) –; (ii) “superou a divergência acerca da possibilidade de conexão entre processo de conhecimento e processo de conexão, [...] certamente em razão de similitude não do pedido, mas da causa de pedir” (THEODORO JÚNIOR, 2022, p. 111); e (iii) inseriu, no § 3º, o tipo de conexão que interessa de perto no presente estudo. A partir do enunciado do § 3º, permite-se ao juízo a reunião de feitos *ainda que* não tenham identidade *nem* no objeto, *nem* na causa de pedir. Eis o inteiro teor do artigo 55. Grifou-se.

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput:

I - à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico;

II - às execuções fundadas no mesmo título executivo.

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, *mesmo sem conexão entre eles*.

Por oportuno, deve-se ressaltar que a conexão modifica apenas a competência *relativa* (CPC, art. 54), não a absoluta–neste último caso, o andamento de um dos feitos será suspenso, até que o conexo seja solucionado (CPC, art. 313, V, *a*).

Além disso, a prorrogação de competência por conexão é aplicável a demandas de mesmo procedimento. As causas conexas serão então apreciadas em conjunto por um único juiz – o prevento, ou seja, aquele em que primeiramente houve o “registro ou a distribuição da petição inicial” (CPC, arts. 58 e 59).

Da análise do art. 55, percebe-se que o legislador privilegiou a relação jurídica de direito material, pois uma causa pode efetivamente influir na solução da outra.

O legislador alude a um vínculo de prejudicialidade, ao mencionar “risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias”. Assim sendo, adotou-se a teoria materialista da conexão que, por sua vez, privilegia a eficiência (CF, art. 37) na prestação de um serviço público essencial: a jurisdição.

Eficiência é um termo polissêmico. Aqui o utilizamos tendo em mente (i) a *eficiência exógena* ao processo – no âmbito da administração judiciária, com a reunião de feitos, atenção para decisões contraditórias, diminuição de índices de recorribilidade –, (ii) bem como a *eficiência endógena* ou *endoprocessual*, que ocorre no interior do processo – com a organização e a concentração de atos, a otimização do tempo e a atuação dos sujeitos processuais, matérias que competem ao magistrado, na qualidade de gestor do processo (CPC, art. 8º).

Sem a regra do artigo 55, § 3º, os demandantes poderiam continuar a instar o Judiciário através de juízos e comarcas diferentes, com dispêndio irracional de insumos, custosos tanto dentro quanto fora do processo, conforme vimos. O § 3º enseja, portanto, uma “estratégia para a economia de atos processuais, [...] e importante filtro quanto ao abuso do direito de ação, com a possibilidade de visualizar a multiplicação de demandas idênticas ou até mesmo fraudulentas” (TINÔCO, 2021, p. 738).

A reunião dos feitos deve ser calibrada no caso concreto, mediante a ponderação do magistrado quanto à força do vínculo entre as demandas e o proveito do julgamento conjunto. Além disso, o enunciado nº 235 de súmula do Superior Tribunal de Justiça – vigente desde 2000 e que foi reproduzido no § 1º do art. 55 do CPC – prevê que a “conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.” Consequentemente, havendo o julgamento de um dos feitos, cai por terra a possibilidade de julgamento comum. A restrição dá-se em virtude da diferença entre o fato jurídico da conexão e os efeitos jurídicos da conexão, como alertado por Fredie Didier. “Conexão não é a reunião dos processos. Conexão é o fato que pode ter essa consequência. Pode haver conexão, como visto, sem que haja a reunião dos processos” (2015, p. 142).

A ampliação do conceito de conectividade era debatida antes do advento do CPC de 2015 – publicado em 17/3/2015, vigente desde 18/3/2016. Acórdão emblemático do STJ, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, deixa claro o temperamento para os rigores do art. 103 do Código Buzaid.

De mais a mais, a moderna teoria materialista da conexão ultrapassa os limites estreitos da teoria tradicional e procura caracterizar o fenômeno pela identificação de fatos comuns, causais ou finalísticos entre diferentes ações, superando a simples identidade parcial dos elementos constitutivos das ações (REsp 1.221.941/RJ, j.24/2/2015, DJe 14/4/2015).

A exposição de motivos do CPC de 2015 corroborou a busca por resultados concretos, ligados à satisfação do direito material. A busca reside na base da teoria materialista da conexão.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. (BRASIL, 2015, p. 24.)

Com base nas lições do processo civil, podemos agora realizar a transição para a esfera jus econômica.

Em essência, o instituto da conexão visa à *alocação de recursos* públicos, a fim de que gerem *utilidade* aos agentes econômicos, criando-lhes uma estrutura de *incentivos*. Trata-se de conceitos fundamentais na Análise Econômica do Direito.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

“Análise Econômica do Direito” (AED) ou “Direito e Economia” são expressões que designam o uso de teorias e métodos da economia para compreensão de fenômenos jurídicos. Assim como a psicologia, a história ou a sociologia, a economia não diminui a relevância do direito. Antes o auxilia, pois traz questionamentos próprios sobre a conduta humana.

Como alertado na introdução, adotamos no presente estudo a AED *positiva*, lastreada em normas positivas do ordenamento. A partir delas, avaliaremos, no capítulo 4, o mundo do “ser”, o mundo dos fatos: incentivos, consequências e eficiência que porventura demonstrem ao regular condutas humanas. Não adotamos, portanto, a abordagem *prescritiva*, sobre o “dever-ser”, que implicasse em sugestões para os achados encontrados.

Inicialmente, vejamos as diferenças epistemológicas entre o direito e a economia.

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade (SALAMA, 2008).

Além das diferenças estruturais, convém ressaltar que a AED é uma disciplina surgida nos Estados Unidos, no século XX, a partir de trabalhos de autores como Ronald Coase e Richard Posner.

O teorema de Coase, por exemplo, refere-se (i) às trocas entre agentes econômicos, (ii) aos *custos de transação* – i.e., custos para obter informações, para negociar e para executar um acordo –, (iii) aos impactos sobre terceiros – que, em síntese, podem ser definidos como *externalidades* (positivas ou negativas).

Por sua vez, Richard Posner apontou a necessidade de o processo legal minimizar *custos sociais*, sejam eles os *custos de erro* – gerados pelo Judiciário ao aplicar uma decisão errônea – ou os *custos diretos* – tempo e recursos humanos utilizados pelo sistema judicial.

Existem diversas escolas e olhares sobre o intercâmbio entre direito e economia, submetidos a crivo científico. Conseqüentemente, deve-se impedir o uso simplório dos conceitos econômicos, sobretudo em um país de abismos sociais e financeiros, como o Brasil. A AED não se reduz a um utilitarismo vulgar, para negar direitos fundamentais com base em contas aritméticas. Ao contrário, a AED serve de suporte para o bem-estar social, para se entender as repercussões reais das normas jurídicas no mundo dos fatos.

Determinados conceitos são de ampla aceitação entre as diversas escolas jus econômicas. Nesse sentido, vamos a eles.

A porta de entrada para a economia dá-se na constatação de que os bens da vida são *escassos*, os *desejos* humanos são infinitos e, a partir da dualidade, nasce a *racionalidade* do *agente econômico*.

Sem escassez não haveria conflitos formais ou informais; íntimos ou levados ao Estado; meros aborrecimentos ou lides judiciais. A escassez leva ao dilema das escolhas e ao sacrifício do que não foi escolhido. O valor sacrificado pelo agente racional denomina-se *custo de oportunidade*.

Por “racionalidade do agente” não se quer dizer que os seres humanos realizam cálculos matemáticos em cada escolha que façam em suas vidas. Racionalidade é um derivativo lógico. Escolher um bem significa abrir mão de outro, daí a racionalidade.

As motivações para a escolha podem ser inúmeras – altruísticas ou imorais. O agente econômico deseja ter *utilidade* no bem escolhido, a fim de *maximizar o seu bem-estar*. Quanto melhores forem *incentivos* dados ao agente, melhor será a *eficiência* na fruição daquela utilidade.

Escassez, escolha, bem-estar, utilidade, incentivos e eficiência são, portanto, elementos que gravitam em torno da racionalidade econômica, demonstrada pelo agente.

O dilema das escolhas está cristalizado no ordenamento brasileiro, v.g., nos artigos 20 e 21 da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro – incluídos por força da Lei nº 13.665/2018. Grifou-se.

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e *judicial*, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as *consequências práticas* da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou *judicial*, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas *consequências jurídicas e administrativas*.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, *não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos*.

Transformando-se a linguagem jurídica da LINDB em linguagem econômica, pode-se afirmar que o diploma referiu-se:(i) à escassez de recursos;(ii) às escolhas racionais;(iii) aos custos de oportunidade; (iv) aos incentivos que devem ser dados aos indivíduos, para que (v) diminuam as externalidades negativas, (vi) com a maximização do bem-estar dos envolvidos.

A reflexão econômica trazida pela LINDB é bastante saudável ao processo civil e aos debates em torno da garantia de direitos. Envolvem justamente a fruição dos bens da vida, disputados pelos litigantes.

Os direitos jurídicos têm um “custo de oportunidade”: quando são impostos, outros bens valiosos (inclusive outros direitos) têm de ser deixados de lado, pois os recursos consumidos na imposição dos direitos são escassos – não são superabundantes (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 217).

Por sua vez, o processo civil utiliza-se da estrutura do Poder Judiciário. Em sendo um recurso público oferecido à sociedade, o Judiciário depende de gestão eficiente – exógena e endógena ao processo (capítulo 2) –, para prestar os serviços que se esperam de um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*). Não à toa, Ivo Gico Júnior salienta que “[...] quanto mais se utiliza o serviço público adjudicatório, mais congestionado ele ficará e mais lenta será a prestação jurisdicional” (2023, p. 155).

O capítulo a seguir examina a forma com que a teoria materialista da conexão favorece a interação econômica entre os agentes e a máquina judiciária.

4. CORRELAÇÕES CONCEITUAIS

Nesta etapa do estudo, abordamos as regras jurídico-processuais – relacionadas à teoria materialista da conexão –, tomando como suporte a teoria econômica. Correlacionamos o direito e a economia, com atenção ao comportamento dos indivíduos que participam de um litígio sujeito à conexão. Focamos na racionalidade dos indivíduos. Desse modo, verificaremos a estrutura de incentivos do CPC e o seu impacto na prática, para realização do direito material.

Os indivíduos da relação processual são partes ou sujeitos. O conceito puro de parte, como definido por Cândido Dinamarco, refere-se aos litigantes, que defendem pretensão própria ou alheia. “[A] tutela jurisdicional a ser concedida endereçar-se-á a uma das partes, impondo-se à outra o sacrifício de uma pretensão (parte vencedora e parte vencida)” (2004, p. 246).

Existe, ainda, o conceito de sujeito processual, a abranger as partes e aqueles que atuam no processo: magistrado, advogado – público ou particular –, membro do Ministério Público ou da Defensoria Pública, testemunha, perito, assistente, servidor auxiliar (CPC, arts. 70 a 187). Todos são destinatários da norma de cooperação prevista no art. 6º do CPC, que se reporta à *dimensão endógena* do processo.

A cooperação entre os sujeitos do processo requer capacidade de gestão de vários de-sejos, não raro contraditórios entre si. Tal fato demonstra a capilaridade do processo civil

na sociedade e, conseqüentemente, a necessidade de se atentar para o comportamento dos vários agentes econômicos.

Agentes econômicos podem negar normatividade à ideia de cooperação, criar externalidades negativas e, como resultado, aumentar os custos sociais do processo. Lembremos que os *custos sociais do processo* são os *custos de erros* e os *custos diretos* (capítulo 3).

[...] em sede de análise econômica do direito, não se pode levar em conta somente o custo do autor/credor em ajuizar determinada demanda, uma vez que o custo social inclui igualmente as despesas legais do réu/executado e de toda a máquina judiciária. É natural que o autor não leve em consideração os demais custos e, portanto, sua atitude de demandar ainda que sem qualquer perspectiva de sucesso, sugere uma tendência ao litígio excessivo, ao demandismo. (VARGAS, p. 191-192).

Os custos sociais do processo transcendem, portanto, as partes e os sujeitos envolvidos. Afetam a sociedade (*dimensão exógena* ao processo). Logo, a teoria materialista da conexão e a possível reunião dos feitos militam em prol do erário, bem como da decisão racional dos litígios. Otimizam a alocação de recursos, com ganhos de escala para o sistema judiciário.

Convém lembrar que a *qualidade das decisões* também é aspecto importante. Evitar decisões contraditórias ou conflitantes implica em defender a credibilidade do Estado-juiz. O Poder Judiciário atua como garantidor da legalidade e da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*). A credibilidade das decisões judiciais *incentiva* os agentes econômicos, que sabem *ex ante* as precauções que devem tomar para *maximizar seu bem-estar*.

Quanto mais precisa a decisão, mais evidente será a conduta admitida e a vedada, e isso possibilita um incremento nas relações jurídicas entre os indivíduos. O segundo objetivo é desestimular demandas fundadas em decisões imprecisas, e com isso minimizar os custos da sociedade com o processamento e julgamento de pretensões que não possam ser entendidas como compatíveis com o sistema jurídico. Um terceiro objetivo é reduzir os riscos nas relações sociais, pois quanto mais precisas as decisões menores são as variáveis não cogitadas capazes de influenciar as operações entre agentes jurídicos (MACHADO; DIAS, p. 602-603).

Prosseguindo, temos que a teoria materialista da conexão corrige igualmente as *assimetrias de informação*.

Segundo a “teoria dos jogos”, a lide judicial coloca agente-autor e agente-réu em situação de conflito. Cada parte atua com base na expectativa de qual será o comportamento da outra – quais as provas, quais os argumentos, qual a robustez dos pleitos, como extrair o atendimento de seu interesse. A petição inicial, a contestação, a réplica, as audiências, as perícias e demais oportunidades de saneamento processual permitem a cada jogador conhecer o repertório do outro. A assimetria informacional será resolvida pelo julgador, que então aplicará o direito de modo correto e chegará à verdade possível sobre os fatos deduzidos em juízo.

Pode acontecer de, em virtude da incerteza informacional, um agente criar demandas sucessivas em juízos distintos, com nítida conectividade/prejudicialidade. Estar-se-á diante de

uma *racionalidade*. Egoística no plano moral, porém racional no plano econômico. O agente tentará obter a *utilidade* de impedir o saneamento dos fatos. Tentará manter a assimetria nas informações, algo que não colabora em hipótese alguma com o ideário de paz social.

Atitudes parasitárias e procrastinatórias, como as descritas acima, desestimulam os bons litigantes. Dão ensejo a outro problema: a *seleção adversa*, “em que detentores legítimos de direitos são afastados do Judiciário, enquanto agentes não detentores de direitos são atraídos justamente por causa da morosidade judicial para postergar o adimplemento” (GICO JÚNIOR, 2023, p. 417).

Esse cenário impede a satisfatividade do direito material e corrompe a duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). O bem da vida precisa ser entregue no tempo devido, daí a contribuição positiva da teoria materialista da conexão, uma vez que (i) possui efeito *dissuasório*, (ii) reduz *custos de transação*, (iii) colabora para a gestão *eficiente* da litigância. O ato de litigar envolve “valores monetários, de tempo e psicológicos” (FUX; BODART, 2021, p. 172) e se espalha para além das partes, alcançando os demais sujeitos processuais e a sociedade.

No ponto, vale a pena uma breve incursão ao direito orçamentário e ao direito financeiro. Como sabido, o regime da EC nº 95/2016 impactou os gastos com despesas primárias na esfera pública. Este aspecto não foi diluído de todo pela EC nº 126/2022, que revogou a EC nº 95/2016.

Despesas primárias surgem das atividades do Estado com políticas públicas, pessoal, investimentos, custeio, excluindo-se os juros. Não são despesas financeiras, contraídas pelo Estado através de empréstimos e financiamentos, que geram encargos e juros.

Se na E.C nº 95/2016 a limitação das despesas primárias tinha como parâmetro a despesa paga no exercício financeiro; na EC nº 126/2022, a limitação das despesas primárias passou a ter como parâmetro a dotação orçamentária.

Sob um mecanismo ou outro, temos um teto de gastos – i.e., de alocação de recursos –, para despesas primárias na administração pública. O Judiciário integra a administração pública. Logo, restringiu-se a alocação de recursos para a estrutura daquela administração.

Via de regra, dificulta-se o preenchimento de cargos vagos em virtude de aposentadorias ou que gerem pagamento de pensão. Temos aqui o impacto orçamentário sobre a força de trabalho do Judiciário, ou seja, sobre uma parcela considerável dos sujeitos do processo.

O déficit de pessoal nos leva, em um primeiro momento, à questão da *eficiência produtiva* do processo. Aquela em que “o foco é no processo produtivo e na taxa *output/input* dele resultante (como produzir)” (GICO JÚNIOR, 2023, p. 106). É dizer: fazer mais – tratar as demandas judiciais que não param de ser recebidas, por via do acesso à justiça – com menos – recursos humanos e financeiros.

Natural, portanto, que haja congestionamento na máquina judiciária. Dessa forma, processos ficam parados sem solução, em relação ao total tramitado no ano. Em consulta ao painel *Justiça em Números*², mantido pelo CNJ e com situações processuais até 31/3/2024, constatamos taxas expressivas de congestionamento nos ramos da Justiça Federal (74,36%) e da Justiça Estadual (72,01%). São altos índices de congestionamento, que denotam dificuldades para diminuição do estoque existente de processos.

2 Disponível em: <<https://justica-em-numeros.cnj.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2024.

Em um segundo momento, é inegável a tendência de restrição nos gastos públicos, desde a EC nº 95/2016. Chegamos à questão da *eficiência alocativa*, haja vista que os recursos devem ser canalizados com parcimônia em todos os ramos da administração pública. Em síntese, a eficiência alocativa “se refere a uma preocupação com o retorno ou a utilidade que se extrai da cesta de bens e serviços produzida” (GICO JÚNIOR, 2023, p. 106). Não basta apenas produzir com menos insumos e sim alocá-los estrategicamente para necessidades públicas com *maior retorno ou utilidade*.

Para a administração pública, a definição do retorno ou utilidade surge como orçamento público. O orçamento é a peça que determina prioridades e aloca verbas para a entrega de bens e serviços à sociedade brasileira. É, portanto, exemplo concreto da premissa de escassez econômica e do dilema das escolhas.

Os valores sacrificados (*custos de oportunidade*) foram definidos por decisões políticas, em âmbito federal, estadual e municipal. Foram frutos de decisões iniciadas no Poder Executivo e delimitadas por leis aprovadas pelo Poder Legislativo, ambos atuando como porta-vozes da soberania popular (CF, art. 1º, § único, c/c arts. 165 e 166). Trata-se da separação dos Poderes, cláusula pétrea da ordem constitucional (CF, art. 60, § 4º, III). Os recursos, quando repartidos pela administração pública, visam inclusive à finalidade de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais” (CF, art. 3º, III).

A teoria materialista da conexão traz *retorno e utilidade* aos gastos públicos, destinados para o Judiciário conforme as leis orçamentárias. Isso porque, além de tudo o que já expusemos, a teoria materialista também estabelece *prognoses* positivas para processos futuros – processos que poderiam nascer e congestionar a máquina já soterrada por demandas. Consulte-se o mencionado REsp 1.221.941/RJ.

A doutrina alerta, ainda, no que respeita às *consequências de não serem reunidas essas ações para julgamento conjunto*, que, tendo havido sentença já transitada em julgado, declarando a inexistência de relação jurídica entre as partes, eventual título executivo consubstanciado na dita relação inexistente *poderá ensejar uma execução, mas que se apresentará natimorta*, em face da ausência de condição da ação. Se prolatada sentença no curso da execução, assim como ocorre nos embargos, *terá ela o condão de extinguir o feito executivo* (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/2/2015, DJe 14/4/2015. Grifamos.).

Está claro que a litigância revela externalidades positivas – concretização de direito fundamental (CF, art. 5º, XXXV) – e externalidades negativas – custo social.

Luiz Fux e Bruno Bodart alertam que “[s]ob uma perspectiva social, a litigância apenas é positiva quando os benefícios da mudança de comportamento pelos indivíduos forem maiores do que os recursos consumidos na operação do sistema de justiça” (2021, p. 82).

Por via de consequência, as *demandas de valor esperado negativo*–frívolas ou de “aborrecimento” – devem ser coibidas. Não satisfazem o direito material, que é exatamente a raiz do processo, lembrada na exposição de motivos do CPC (capítulo 2). A teoria materialista da conexão opera um *filtro* para condutas de agentes econômicos que instam, de modo temerário, o sistema da justiça.

Vale nota o REsp 1.817.845/MS, acórdão que cuidou da necessidade de reparação de danos criados por abuso processual. Sob o prisma econômico, a reparação possui efeito dissuasório. Coage o litigante faltoso a internalizar as externalidades negativas da sua conduta.

[...] foram ajuizadas, a pretexto de defender uma propriedade sabidamente inexistente, quase 10 ações ou procedimentos administrativos desprovidos de fundamentação minimamente plausível, sendo que 04 destas ações foram ajuizadas em um ínfimo espaço de tempo - 03 meses, entre setembro e novembro de 2011 -, justamente à época da ordem judicial que determinou a restituição da área e a imissão na posse aos autores.

[...] mediante o uso desenfreado de sucessivos *estratagemas processuais fundados na má-fé, no dolo e na fraude, configura-se igualmente a existência do dever de reparar os danos* de natureza extrapatrimonial que do ato ilícito de abuso processual decorrem, restabelecendo-se, quanto ao ponto, a sentença de procedência (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora para acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/10/2019, DJe de 17/10/2019. Grifamos.).

O acórdão possui nítida concepção realista sobre o acesso à justiça. A AED dialoga diretamente com esse realismo.

Tomemos os custos da assistência judiciária gratuita, por exemplo. Eles se justificam à luz da Constituição Federal –*incentivo* econômico concedido pelo art.5º, LXXIV– e realizam a inclusão, na sociedade, de indivíduos com tal perfil demográfico. Por seu turno, litigantes que não façam jus à gratuidade pagam taxas judiciárias relativamente baixas – o que pode *incentivar* o demandismo, com a *utilidade* que entenderem pertinente.

Vulneráveis ou não, litigantes geram custos. Custos devem ser balanceados por mecanismos de eficiência – tal como a reunião de processos por prejudicialidade –, haja vista o congestionamento do sistema judicial brasileiro e a relevância do Judiciário para o Estado Democrático de Direito.

Trazemos, ainda, um último aspecto que pode ser levantado pela AED: o comportamento dos procuradores *lato sensu* – defensores, promotores e advogados –, na qualidade de sujeitos do processo. O fato merece destaque, sobretudo no âmbito da Fazenda Pública, que lida com interesses transindividuais, ações coletivas e demandas em massa.

Caso a reunião de processos não seja aventada pela parte adversária ou pelo julgador, os referidos sujeitos possuem incentivo legal para requerer o julgamento conjunto das causas conexas (CPC, art. 55, §3º), inclusive em preliminar de mérito na contestação (art. 337, VIII). Deve-se atentar aos requisitos concomitantes, a que aludimos anteriormente:(i) causas de competência relativa; (ii) causas com mesmo procedimento; (iii) uma das causas não haver sido julgada; (iv) demonstração, ao magistrado, do grau de conectividade e do proveito do julgamento conjunto.

Além disso, na hipótese de demandas sucessivas e frívolas, os procuradores podem se valer da aplicação de penalidades por abuso processual – vide o REsp 1.817.845/MS. A conduta incentivar o melhor comportamento do litigante faltoso e, ao mesmo tempo, atenta à maximização dos interesses dos próprios procuradores – que, por sinal, maximizam os interesses públicos, sejam eles primários ou secundários.

A atuação racional dos procuradores das partes tem, portanto, significado especial no processo. São indivíduos que lidam com a eficiência alocativa de recursos que, além de escassos, possuem alto valor constitucional. O julgamento conjunto de feitos, em atendimento à teoria materialista da conexão, evita gastos investigativos e o dispêndio de atividade profissional especializada— i.e., aspectos relacionados aos custos sociais do processo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria materialista da conexão processual admite a reunião de demandas em virtude de prejudicialidade, ainda que sem identidade de objeto ou de causa de pedir. O conceito de conectividade foi ampliado em relação ao antigo CPC de 1973.

Esse fenômeno jurídico permite-nos a análise sob o ponto de vista econômico, diante das normas positivadas no ordenamento.

Embora haja diferenças epistemológicas entre o direito e a economia, a Análise Econômica do Direito revela aspectos sobre as condutas dos agentes econômicos, que vivem no universo de escassez de bens, escolhas possíveis, maximização de bem-estar, utilidade e eficiência para a fruição dos bens da vida.

A teoria materialista da conexão cria uma estrutura positiva de incentivos para os agentes envolvidos no litígio, quais sejam, as partes e outros sujeitos do processo. Também revela a busca pela eficiência tanto exógena quanto endógena ao processo, diminuindo os custos sociais no acesso à justiça.

Por sua vez, os custos sociais requerem atenção ao orçamento público e uma visão realista sobre as externalidades positivas e negativas da decisão de os litigantes acionarem a máquina judiciária.

Apesar de se referir à concretização de direito fundamental (CF, art. 5º, XXXV), o acesso à justiça exige parcimônia, para que o trâmite seja célere (CF, art. 5º, LXXVIII), reduzindo assimetrias de informação e sem perder de vista o direito material.

Nesse sentido, a teoria materialista da conexão processual pode igualmente coibir demandas sucessivas e frívolas. Pode, portanto, servir de filtro contra o abuso processual, aliada à imposição de multas.

A visão jus econômica deve ser considerada de modo estratégico, especialmente pela Fazenda Pública, haja vista os interesses transindividuais que a perpassam e a atuação em demandas em massa.

O processo judicial é um emblema do Estado Democrático de Direito. Possui índole instrumental para a distribuição dos bens da vida. Pelo fato de ter tamanha envergadura na sociedade, o processo requer conhecimentos multidisciplinares – como os da teoria materialista da conexão e os da AED. De tal modo, promove-se o melhor acesso à justiça, com a ponderação dos ganhos e das perdas consequentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2024.

_____. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2024.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 mai. 2024.

_____. **Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm> Acesso em: 16 mai. 2024.

_____. **Emenda constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022**. Altera a Constituição Federal, para dispor sobre as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para excluir despesas dos limites previstos no art. 107; define regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023; e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc126.htm>. Acesso em: 16 mai. 2024.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 7 mai. 2024.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2024.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. **Enunciado nº 235 de súmula**, j. 01/02/2000, DJE 10/02/2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 7 mai. 2024.

_____. _____. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.221.941/RJ**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 24/02/2015, DJE de 14/04/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 7 mai. 2024.

_____. _____. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.817.845/MS**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrichi, j. 10/10/2019, DJe de 17/10/2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 7 mai. 2024.

CONJUR EDITORIAL. **Anuário da Justiça Brasil 2024**. São Paulo, SP. Disponível em: <<https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2024>>. Acesso em: 22 mai. 2024.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2021. Livro eletrônico.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A análise econômica do processo civil**. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2023. Livro eletrônico.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. Livro eletrônico.

MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a Análise Econômica do Direito**. 4. ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2021. Livro eletrônico, p. 591-609.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *In*: **Cadernos Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10438/2811>>. Acesso em: 7 mai. 2024.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Livro eletrônico.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TINÔCO, Érika de Paiva Duarte. A busca pelo acesso eficiente à Justiça a partir da Constituição de 1988. *In: Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 7, n. 6, 2021, p. 711-742. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/6/2021_06_0711_0742.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2024.

VARGAS, Daniel Vianna. Análise econômica da execução no direito processual civil brasileiro. *In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia Pepe (Org.). Temas de análise econômica do direito processual*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021, p. 189-205.

O papel da lei Aldir Blanc na efetivação do direito à cultura durante a pandemia de Covid-19 no Amazonas

Anne Paiva de Alencar¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é avaliar a efetivação dos direitos culturais por meio dos mecanismos de incentivo à cultura no Brasil, em especial derivados de recursos repassados pelo Governo Federal aos Estados por meio da Lei Aldir Blanc, durante o período de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020, tendo em vista a pandemia ocasionada pela Doença COVID-19. É identificado o direito à cultura, examinando a responsabilidade social do Estado quanto à cultura, o papel da Constituição Federal, normativas federais e estaduais em ligação com as políticas culturais, bem como mecanismos de incentivo que garantem esse direito. São levantadas quais ações emergenciais foram realizadas no âmbito do Estado do Amazonas, especificamente em relação a editais e chamadas públicas, durante o estado de calamidade pública, com recurso derivado da Lei 14.017/2020. Por fim, é aferida, após pesquisa de campo de que forma a atuação por meio de editais realizados pelo poder estatal estadual teve impacto na efetivação do direito à cultura e no direito às manifestações culturais durante o período de pandemia.

Palavras-chave: Direito à cultura. Lei Aldir Blanc. Pandemia. Mecanismos de incentivo à cultura. Editais.

1. INTRODUÇÃO

A cultura é um direito constitucional renegado pela sociedade brasileira. Apesar de todos terem interesse em filmes, novelas, festas juninas, boi-bumbá, carnaval, músicas, danças e diversas outras expressões de ação cultural, apesar de todos lembrarem de lendas infantis, é pequena a parcela da população que identifica estes objetos como culturais e acredita que eles tenham valor financeiro, quiçá sejam importantes para o desenvolvimento social de uma nação. Assim, em momentos de crise, as políticas culturais são as primeiras a ter seus recursos diminuídos.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais, Universidade de Lisboa. annepaivadealencar@hotmail.com

Tal situação se manteve quando do início da Pandemia de COVID-19, no início do ano de 2020. Os trabalhadores da cadeia da cultura, que já possuem normalmente relações de trabalho tão frágeis, foram especialmente tocados pela crise sem precedentes que acometeu o país. Ocorre, porém que, após forte pressão da classe artística e da cadeia da cultura do país, foi publicada a Lei Aldir Blanc, que permitiu o repasse de R\$3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) por parte do governo federal, a serem distribuídos para execução dos poderes executivos estaduais e municipais, que se tornou um marco de investimento na produção cultural nacional e sua difusão.

Foram destinados cerca de R\$ 66 milhões de reais para o Amazonas como um todo, dos quais R\$ 38.145.611,98 (trinta e oito milhões, cento e quarenta e cinco mil, seiscentos e onze reais e noventa e oito centavos) foram repassados diretamente da União para o Estado do Amazonas, por meio da Secretaria de Cultura e Economia Criativa.

Assim, este artigo busca analisar o direito à cultura, examinando a responsabilidade social do Estado quanto à cultura, o papel da Constituição Federal, normativas federais e estaduais em ligação com as políticas culturais, bem como mecanismos de incentivo que garantem esse direito.

Após, procura levantar quais ações emergenciais foram realizadas no âmbito do Estado do Amazonas, especificamente em relação a editais e chamadas públicas, durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, com recurso derivado da Lei 14.017/ 2020.

Por fim, tem o interesse de aferir, após pesquisas, de que forma a atuação por meio de editais realizados pelo poder estatal estadual terá impacto na efetivação do direito à cultura e no direito às manifestações culturais durante o período de pandemia.

2. BREVE ANÁLISE DO DIREITO À CULTURA

Qualquer trabalho que busque versar sobre o tema do direito à cultura e direito às manifestações culturais necessita, inicialmente, conceituar o que é “cultura”. Conforme afirma Cunha Filho (2004, p. 37), os estudiosos do direito pouco se preocupam com a definição de cultura, por entenderem-na óbvia, e o produto desta suposta obviedade resulta em normas de direito positivo que se enquadram em capítulos dedicados à regulação de relações jurídicas de setores tradicionalmente, por convenção tácita, vinculados a aspectos pontuais da cultura, como as artes, a literatura, a memória histórica e a simbologia relativa aos sentimentos patrióticos.

Os direitos culturais, juntamente com os direitos sociais e econômicos, foram formalmente conhecidos no plano internacional pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Tal postulação também reservou espaço para o direito a fruição da Cultura, por meio do ditame “toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de gozar das artes e aproveitar-se dos progressos científicos e dos benefícios que deles resultam”, embora, como informa Drummond (2011, p. 26), naquele momento o termo “cultura” tivesse o restrito significado de expressão artística, educação formal e moral.

Os ordenamentos jurídicos de diversos países procuram dar ao bem cultural tratamento distinto, de modo a garantir sua livre criação, fomento, salvaguarda, ampla difusão e frui-

ção, estabelecendo, assim, os direitos culturais. Nas palavras de Drummond (2011, p. 25), destinam-se os direitos culturais a regular a ampla e livre circulação de bens culturais na sociedade. A autora indica, ainda, que a tarefa de especificar e listar, um a um, quais seriam esses direitos não é simples, pois a própria definição do que é “cultura” vivenciou profunda modificação no curso do século XX. O termo cresceu para além dos estritos limites da arte, da educação formal, e do patrimônio cultural material, passando a designar também os domínios da comunicação social, da indústria cultural, do patrimônio imaterial e, especialmente, dos distintos modos de viver de cada identidade cultural. A legislação federal e estadual referente ao incentivo à cultura geralmente trata o termo “cultura” como sendo “artes visuais, música, artes cênicas, literatura, audiovisual, patrimônio, museus e diversidade cultural”.

Verifica-se que a cultura, por não ser algo estático, não é fácil de definir, estando em constante transformação. Os direitos culturais, por serem derivados deste termo cuja definição é tão controversa, também não têm uma especificação taxativa. Entende-se, porém, que são direitos vinculados às artes, aos costumes tradicionais, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana, embora seu conceito não esteja limitado a isso.

O direito à cultura é a forma de manter garantias ao pleno exercício de atividades e movimentos que expressam a diversidade cultural. Conforme o rol de direitos culturais elaborado por José Afonso da Silva (2007), pertence à segunda dimensão de direitos fundamentais.

Dita Drummond (2011, p. 26) que os direitos culturais, ao lado dos direitos sociais e econômicos, foram formalmente reconhecidos no plano internacional pela primeira vez no âmbito do Estado do Bem-Estar Social, tendo sua matriz na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Constituição Federal prevê, no Art. 215², o direito à cultura. Ainda, estabelece nos arts. 23 e 24 que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação” e compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação”, dando abertura ao Poder Estadual para que este regule e consiga atender, de forma mais direta, os anseios da população em relação à cultura, e ainda buscar proteger a classe artística, fazedora da cultura.

A Lei Delegada 123/2019, que estabelece diretrizes ao Poder Executivo Estadual do Estado do Amazonas, define finalidades dos Órgãos da Administração Direta e dá outras pro-

2 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

vidências, vai no mesmo sentido, ao ditar, no Art. 39, Subseção V³, a área de atuação da Secretaria de Estado de Cultura e Economia Criativa.

Nesse sentido, observa a Constituição do Estado do Amazonas:

“Art. 205- O Poder Público Estadual e Municipal garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e estadual, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais, através de”

Há, portanto, a proteção tanto constitucional quanto infraconstitucional da cultura e seus direitos relacionados. Com o fim de fortalecimento para a cultura do país, o Poder Público, tanto nos níveis Federal, Estadual e Municipal, utiliza de diversas políticas econômicas governamentais, chamadas de mecanismos de incentivo. Os incentivos podem ser realizados através da dedução no imposto devido, chamadas públicas e privadas de projetos por meio de editais, dentre outros. É possível ver tal atribuição no Art. 3^o da Lei 12.343/2010.

No caso de chamadas públicas por meio de editais, o proponente apresenta uma proposta cultural ao órgão responsável e, caso seja aprovada, é selecionado e realiza seu projeto por meio de um fomento do Poder Público, devendo, ao fim do prazo, realizar prestação de contas.

Tal situação ocorre de forma corriqueira no Poder Público, ocorrendo a abertura de cerca de dois editais, por ano, no Estado do Amazonas, conforme busca realizada no sítio eletrônico da Secretaria de Cultura e Economia Criativa, para atender e fomentar as manifestações culturais e a classe artística.

3. MECANISMOS UTILIZADOS PELO ESTADO DO AMAZONAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CULTURA POR MEIO DA LEI 14.017/ 2020

Atualmente o planeta está em uma situação que altera de forma significativa a atuação contínua do Poder Público. No início de 2020 o mundo foi afetado de forma nunca antes vista por uma pandemia que modificou, talvez para sempre, as relações e ações humanas. A pandemia do COVID-19, além das graves consequências na saúde pública, apresenta efeitos extremamente graves no mercado de trabalho brasileiro.

A pandemia atingiu a classe trabalhadora em momento de extrema fragilidade dos mecanismos de proteção e estabilidade no emprego. O número de desempregados no Brasil foi, em 2021, um recorde de 14,8 milhões de pessoas, trabalhando os outros 39,3 milhões de pessoas, 41,6% da população, na informalidade, conforme dados da PNAD Contínua do IBGE de 2021. A classe artística e cultural foi particularmente afetada, tendo em vista que já contava com recursos escas-

3 SUBSEÇÃO V - DA SECRETARIA DE ESTADO DE CULTURA E ECONOMIA CRIATIVA

Art. 39 – A Secretaria de Cultura e Economia Criativa, órgão formulador e executor de políticas públicas, tem como finalidades:

I – coordenação e execução das políticas culturais e de economia criativa do Estado, bem como a promoção do seu desenvolvimento e articulação em parceria com as organizações públicas e privadas, visando à formação artística e profissional, à popularização e interiorização das atividades, à valorização da identidade amazonense e o desenvolvimento da economia criativa.

II – o incentivo, a valorização e a difusão das manifestações culturais.

4 “Art. 3^o. Compete ao poder público, nos termos desta Lei: (...)

III - fomentar a cultura de forma ampla, por meio da promoção e difusão, da realização de editais e seleções públicas para o estímulo a projetos e processos culturais, da concessão de apoio financeiro e fiscal aos agentes culturais, da adoção de subsídios econômicos, da implantação regulada de fundos públicos e privados, entre outros incentivos, nos termos da lei;”

tos e não possui, em regra, segurança trabalhista. A maior parte do orçamento destes é composta por cachês a partir de apresentações pontuais, cobranças de ingressos, pagamentos por cursos, etc. Programações de Centros Culturais, peças teatrais, todos os tipos de apresentações, sa-raus e exposições foram cancelados, sem diferença de tamanho, afetando sobremaneira o orçamento dos trabalhadores da cadeia da cultura. Até mesmo eventos tradicionais, como festivais de ópera e o *Lollapalooza* foram cancelados, tendo retornado apenas agora, em 2022. Tais eventos culturais empregariam milhares de trabalhadores da cadeia da cultura, entre técnicos e outras categorias, que se encontraram no período de interrupção de ações culturais em uma situação preocupante.

O impacto da diminuição das ações culturais pode ser estudado tanto na questão psicológica quanto econômica. Há que se ressaltar que, conforme explana Drummond (2011, p. 33), a economia da Cultura é um setor extremamente dinâmico, registrando crescimento superior ao conjunto da economia. Nas estimativas da UNESCO, a economia da cultura representou 6,1% do PIB mundial em 2020. No Brasil, a economia da Cultura foi analisada pela primeira vez em 2006, ano em que o IBGE apurou os gastos dos brasileiros em Cultura e constatou que ela era o quarto item da lista de despesas familiares, superada apenas por alimentação, habitação e transporte. Em 2008, em pesquisa realizada em parceria pelo IBGE e Ministério da Cultura, foi verificado que 320 mil empresas atuavam no setor cultural no país, representando 5,7% do total de empresas, o setor gerava um milhão e seiscentos mil empregos, o que totalizava 4% dos postos totais de trabalho brasileiros.

Há que se reconhecer, também, que, à época, a cultura era um direito social mais relevante para o governo. Atualmente, segundo dados de 2018 do IBGE, a cultura é o quinto grupo de gastos de consumo mais importante no país, de um total de 11, ficando atrás de habitação, alimentação, transporte e assistência à saúde, significando, em média, 7,5% das despesas mensais. Em relação aos gastos públicos com a área cultural, é possível ver no Portal da Transparência da União que as despesas executadas na área da cultura, que foram de R\$ 1,02 bilhões de reais em 2017, decresceram para R\$ 608,67 milhões em 2020, uma diminuição de aproximadamente 50%.

Além da diminuição de recursos, houve, também, uma quebra da representação política e social do setor cultural. Em 1º de janeiro de 2019, a partir da reforma administrativa do governo recém-empossado de Jair Bolsonaro, o Ministério da Cultura, existente desde o início da redemocratização, foi oficialmente extinto pela medida provisória nº 870, publicada em edição especial do Diário Oficial da União. Foi criada a pasta da Secretaria de Cultura sob a guarda do Ministério da Cidadania e, posteriormente, a Secretaria Especial da Cultura foi transferida para o Ministério do Turismo.

Ainda que a política cultural seja tratada muitas vezes como um empecilho pelo governo federal do período, conforme explanação de Souza e Brandão (2021), foi sancionada, em 29 de junho de 2020, para minimizar o impacto na classe artística e da cadeia da cultura, a Lei 14.017, que “dispõe sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020”.

Há que se ressaltar que a área da Cultura nunca, em nenhum momento da história, havia recebido valores tão vultosos para a realização de ações de incentivo à área cultural. O recurso para essa ação foi derivado, como informa a Lei, de dotações orçamentárias da União e do superávit do Fundo Nacional da Cultura. Conforme estudos do IPEA (2020), a projeção era de atender entre 400 mil e 700 mil profissionais da cultura em todo o Brasil. Outros

impactos possíveis são em relação ao apoio às organizações e efeitos multiplicadores dos investimentos na cadeia da cultura.

Conforme a letra da lei, o repasse de R\$3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) por parte do governo federal, a serem distribuídos para execução dos poderes executivos estaduais e municipais tornou-se um marco de investimento a produção cultural nacional e sua difusão.

Ponto importante da Lei foi a normativa de que a execução do recurso deveria ser realizada pelas Secretarias Estaduais e Municipais de Cultura, devendo estes entes preencherem um plano de aplicação para envio ao Governo Federal. Tal mandamento objetivava a independência e estímulo a autonomia destes entes federativos em relação às políticas culturais, bem como maior dispersão do recurso na distribuição, permitindo a produção de projetos culturais por parte de profissionais da cultura que nunca tiveram acesso à recursos públicos para executar seus projetos culturais.

Tal ação, apesar de inovadora, é, nas palavras de Góes (2020), uma das limitações para a execução da lei, tendo em vista a necessidade das secretarias estaduais ou municipais de cultura conseguirem assistir a população focal da medida. O estudo estabeleceu que outra limitação seria a capacidade das secretarias locais estabelecerem procedimentos de liberação desses recursos: com dados da Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC/IBGE) de 2018, onde 58% dos municípios não tinham conselho de cultura, 68% não tinham fundo de cultura e 90% não tinham plano de cultura aprovado, o que traz incertezas quanto à capacidade de execução dessa política setorial.

É possível perceber que, apesar do estudo ter sido divulgado em outubro de 2020, foi muito acertado em mencionar a problemática em relação à aplicação da lei nos municípios. Em contato com a Secretaria de Cultura e Economia Criativa do Estado do Amazonas, bem como as Secretarias Municipais, verificou-se que dos 62 municípios amazonenses, apenas 22 municípios solicitaram repasses de valores do governo federal pela Plataforma +Brasil, utilizada para solicitar o recurso da Lei Aldir Blanc. Tal solicitação não pôde ser intermediada pelo Estado do Amazonas, tendo em vista a Lei não permitir o repasse de recursos do Estado aos Municípios.

Foram destinados cerca de R\$ 66 milhões de reais para o Amazonas como um todo, dos quais R\$ 38.145.611,98 (trinta e oito milhões, cento e quarenta e cinco mil, seiscentos e onze reais e noventa e oito centavos) foram repassados diretamente da União para o Estado do Amazonas, por meio da Secretaria de Cultura e Economia Criativa.

O restante da verba foi repassado diretamente pelo Governo Federal aos municípios do Estado. Ainda, insta informar que o Decreto n. 10.464/2020, que regulamentou a Lei Aldir Blanc em âmbito federal, versou acerca da possibilidade de reversão.

A Secretaria de Cultura e Economia Criativa recebeu, ainda, por meio da reversão dos municípios, prevista na Lei Aldir Blanc, o valor de R\$ 7.367.475,76 (sete milhões, trezentos e sessenta e sete mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e setenta e seis centavos). No total, portanto, foi repassado ao Governo do Estado do Amazonas, diretamente à Secretaria de Cultura e Economia Criativa, para execução da Lei Aldir Blanc, o valor de R\$ 45.513.087,74 (quarenta e cinco milhões, quinhentos e treze mil, oitenta e sete reais e setenta e quatro centavos).

As informações estabelecidas pela Lei são complementadas no DECRETO Nº 10.464/2020. O parágrafo 4º, do art. 2º, do Decreto Federal n. 10.464/2020 foi atendido quando da publicação do Decreto Estadual n. 42.883, de 16 outubro de 2020, que regulamentou à ní-

vel estadual os procedimentos necessários à aplicação dos recursos recebidos pela Lei Aldir Blanc. O Decreto Estadual n. 42.883/2020 estabelece, em seu CAPÍTULO VI, as realizações de Editais, Chamadas Públicas e outros Instrumentos aplicáveis.

De forma complementar, em atendimento ao Decreto Estadual de Regulamentação da Lei Aldir Blanc, foi publicada a Portaria nº 190/2020-SEC, que confirma a composição do Grupo de Trabalho de Acompanhamento e Fiscalização da Lei Aldir Blanc (Lei nº 14.017/2020). Composto por sete pessoas – representantes do Poder Público e da Sociedade Civil –, o grupo realiza discussões e acompanha as ações relacionadas à Lei, dando mais transparência e efetividade ao processo. Conforme o Decreto Estadual de Regulamentação, o grupo teve como atribuições realizar as tratativas necessárias com os órgãos do Governo Federal responsáveis pela descentralização dos recursos; participar das discussões referentes à regulamentação no âmbito do estado do Amazonas para a distribuição dos recursos na forma prevista, no artigo 20, da Lei 14.017/2020; acompanhar e orientar os processos necessários às providências indicadas no presente decreto; acompanhar as etapas de transferência direta dos recursos da União para o estado do Amazonas; fiscalizar a execução dos recursos transferidos; acompanhar a avaliação dos resultados e a elaboração do relatório de gestão final e elaborar relatório e balanço final a respeito da execução dos recursos no âmbito do estado do Amazonas.

Em atenção à execução das ações com recurso derivado da Lei Aldir Blanc, coube ao Governo do Estado do Amazonas, conforme previsão legal⁵, duas atuações macro: o Auxílio Emergencial Cultural e a publicação de Editais.

O Auxílio Emergencial Cultural foi um benefício financeiro destinado aos artistas e agentes de cultura, pontos e pontões culturais, e teve por objetivo fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento da Covid-19. O benefício no valor de R\$ 600,00 (R\$ 1.200 no caso de mãe em família monoparental) foi pago conforme a previsão na Lei Aldir Blanc. A Secretaria de Cultura e Economia Criativa realizou todos os procedimentos em relação ao benefício, como cadastro e publicação dos beneficiários, no sítio <https://cadastroestadual.cultura.am.gov.br/>.

Conforme publicações no sítio eletrônico, foram solicitados 968 (novecentos e sessenta e oito) pedidos de auxílio emergencial cultural, sendo aprovados 441 (quatrocentos e quarenta e um) trabalhadores da cultura para pagamento das três primeiras parcelas e 302 (trezentos e dois) aprovados para pagamento da quarta e quinta parcelas.

Em atenção à publicação de Editais, ação pontual analisada no presente artigo, é possível verificar no sítio eletrônico de Editais da Secretaria de Cultura e Economia Criativa, qual seja <https://editais.cultura.am.gov.br/>, que esta abriu inscrição a três editais com o recurso recebido pela Lei Aldir Blanc.

O primeiro foi a Competição para Concessão do **Prêmio Feliciano Lana** a Projetos Artísticos, Culturais e de Economia Criativa e Solidária, ao qual foi destinado o valor de R\$ 34.665.000,00 (trinta e quatro milhões, seiscentos e sessenta e cinco mil reais) para seleção de projetos/propostas/iniciativas, inéditas ou não, nas mais diversas manifestações e atividades artístico-culturais e de economia criativa e solidária de forma virtual ou presen-

5 BRASIL. Lei 14.017/2020. Dispõe sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14017.htm>. Acesso em 12 de junho de 2022.

cial, respeitando os decretos estaduais e municipais que dispõem sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do SARS-CoV-2 (Covid-19) no Estado do Amazonas.

O edital teve o nome de Feliciano Lana em homenagem a Feliciano Pimentel Lana, artista plástico, pesquisador e liderança indígena do povo Dessana, falecido em 12 de maio de 2020, aos 83 anos, devido a uma parada cardiorrespiratória e suspeita de coronavírus.

Os projetos deveriam se inserir nas seguintes áreas: artes visuais, artes cênicas, audiovisual, música, literatura, artesanato, cultura afro-brasileira, cultura *hip-hop*, cultura popular e folclore, cultura indígena, artes integradas, economia criativa e solidária, design, moda, patrimônio cultural material, cultura digital e área técnica.

Foi disponibilizado às áreas de cultura afro-brasileira, cultura indígena, dentre outros, o valor de R\$ 1.610.000,00 (um milhão, seiscentos e dez mil reais) por área, conforme Edital.

Ainda, o recurso total do edital, qual seja R\$ 34.665.000,00 (trinta e quatro milhões, seiscentos e sessenta e cinco mil reais), foi dividido em 50% destinado à capital do estado e 50% destinado aos 61 municípios do interior do estado.

Foi publicado, ainda, o Edital de Competição do **Prêmio Equipa Cultura** para Propostas de Aquisição de Bens Visando Atender a Projetos Artísticos, Culturais e de Economia Criativa e Solidária, ao qual foi destinado o valor de R\$ 1.564.264,59 (um milhão, quinhentos e sessenta e quatro mil, duzentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e nove centavos), visando a realização de competição para seleção de propostas para aquisição de bens patrimoniais permanentes que visem atender a projetos artísticos, culturais e de economia criativa e solidária.

As propostas de aquisição de bens, conforme o disposto no inciso III do art. 2º da Lei 14.017/2020 – Lei Federal Aldir Blanc, foram vinculadas ao setor cultural e artístico, nas mais diversas áreas, como artes visuais, circo, dança, teatro, audiovisual, música, literatura, artesanato, cultura afro-brasileira, cultura *hip-hop*, cultura popular e folclore, cultura indígena, design, patrimônio cultural material, cultura digital, moda, economia criativa e solidária, e área técnica.

Para este Edital, puderam se inscrever apenas pessoas jurídicas, sendo estas instituições privadas constituídas e com sede no Estado do Amazonas, com ou sem fins lucrativos, cujo estatuto ou contrato social e cartão de CNPJ tivesse como código e descrição da atividade econômica o desenvolvimento de atividades relacionadas à produção artística e/ou cultural ou de economia criativa e solidária. O objetivo do mencionado edital foi investir nos equipamentos de produtores culturais com CNPJ, possibilitando incrementar as estruturas produtivas, pela aquisição de equipamentos, em troca de uma contrapartida gratuita à população.

Por fim, foi publicado o Edital da Competição para Concessão do **Prêmio Encontro das Artes** para Projetos Artísticos, Culturais e de Economia Criativa e Solidária no Interior do Estado do Amazonas, ao qual foi destinado o valor de R\$ 8.040.000,00 (oito milhões e quarenta mil reais) para seleção de projetos, inéditos ou não, nas mais diversas manifestações e atividades artístico-culturais e de economia criativa e solidária de forma virtual ou presencial no interior do Estado do Amazonas, respeitando os decretos estaduais e municipais que dispõem sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do SARS-CoV-2 (Covid-19) no Estado do Amazonas. O edital definia modalidades de projeto em produção artística, mostras e exposições, shows e espetáculos artísticos, formação livre e criativa, e memória e pesquisa cultural.

A execução dos projetos beneficiados neste Edital deveria ser obrigatoriamente gratuita e realizada no interior do Estado do Amazonas. Caso a execução do projeto se desse por meio online, a atividade deveria ser gravada em um município do interior do Estado do Amazonas, conforme descrição no projeto.

Coube, ainda, pontuação adicional aos proponentes na seguinte forma: caso fosse residente ou, em caso de pessoa jurídica, tivesse como endereço no CNPJ um município do interior do Estado do Amazonas que houver recebido recursos por meio da Lei Aldir Blanc, seria aplicado 1 (um) ponto extra. Caso fosse residente ou, em caso de pessoa jurídica, tivesse como endereço no CNPJ um município do interior do Estado do Amazonas que não houvesse recebido recursos por meio da Lei Aldir Blanc, seriam aplicados 2 (dois) pontos extras. Caso tivesse como projeto a realização de atividades/ações em município do interior do Estado do Amazonas que não houvesse recebido recursos por meio da Lei Aldir Blanc, seriam aplicados 2 (dois) pontos extras.

Foram recebidas 2.418 inscrições aos Editais publicados pela Secretaria de Cultura e Economia Criativa, tendo sido contemplados cerca de 800 projetos, tendo em vista os recursos disponíveis para premiação.

Assim, é clara a necessidade de verificar de que forma a atuação por meio de editais realizados pelo poder estatal estadual teve impacto na efetivação do direito à cultura e no direito às manifestações culturais durante o período de pandemia, não apenas em relação aos agentes culturais, produtores de cultura, mas também em relação aos cidadãos em geral, que também são consumidores de ações culturais.

4. ANÁLISE PONTUAL EM RELAÇÃO AOS RESULTADOS DA LEI 14.017/2020 NO ESTADO DO AMAZONAS

Após busca no sítio eletrônico da Secretaria de Cultura e Economia Criativa do Estado do Amazonas, identificou-se que, após recursos dos Editais publicados pelo Estado do Amazonas com recurso da Lei Aldir Blanc, foram publicados os resultados finais destes entre o início e o meio de dezembro de 2020, tendo sido chamadas, ainda, pessoas do cadastro reserva até o início de janeiro de 2021. Os proponentes teriam, conforme Editais, prazo de execução dos projetos até o fim do mês de março de 2021.

Ocorre que, segundo ampla divulgação na mídia, houve aumento exponencial de transmissões e internações por COVID-19 nos primeiros dias de 2021, que se prolongou pelos meses de janeiro a março. Apenas em janeiro do corrente ano, ocorreram 5.018 novas internações por Covid. Para mitigar o número de contaminações, o Governo do Amazonas editou diversos decretos, como Decreto nº 43.235, de 23 de dezembro de 2020 e suas prorrogações, Decreto Nº 43.272, de 06 de janeiro de 2021, Decreto n.º 43.234, de 23 de dezembro de 2020 e suas prorrogações, Decreto Nº 43.282, de 14 de janeiro de 2021, entre outros.

Tendo em vista a necessidade de estabelecer novas medidas sanitárias de modo a garantir a contenção da elevação dos casos, no âmbito do Estado do Amazonas, e a consequente redução dos indicadores técnicos referentes à transmissibilidade do vírus e de internações na rede pública e privada de saúde, foram dispostos diversos regramentos estaduais e municipais em relação à restrição de circulação de pessoas, o que impediu a execução de diversos projetos presenciais aprovados nos Editais Feliciano Lana e Encontro das Artes. Assim, a Secretaria de Estado de Cultura e Economia Criativa prorrogou o prazo de execução dos

projetos aprovados nos mencionados Editais, bem como o prazo para a apresentação do Relatório de Execução de Atividade, dentro do prazo previsto para entrega de prestação de contas da Secretaria de Estado de Cultura e Economia Criativa, que à época seria dia 28 de junho de 2021.

Ainda, há que se informar que os mencionados Editais previam que, em caso de publicação de novos decretos estaduais ou municipais, com mudança das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional no âmbito do Estado do Amazonas, que impactassem a realização dos projetos contemplados, em qualquer fase do certame, o proponente deveria efetuar as adequações necessárias no projeto, diante da situação do momento e em compatibilidade com os recursos financeiros da premiação obtida. Assim, foi publicada chamada específica acerca da adequação dos projetos diante da situação do momento e em compatibilidade com os recursos financeiros da premiação obtida, tendo sido adequados cerca de 250 projetos, um terço dos aprovados com recurso da Lei Aldir Blanc.

Posteriormente, foi publicado em 20 de abril do corrente ano o Decreto Federal n. 10.683⁶, que alterou o Decreto 10.464/2020, regulamentador da Lei Aldir Blanc.

Tal alteração foi acompanhada a nível estadual quando do Decreto n. 43.801, de 04 de maio de 2021 alterou o Decreto nº 42.883, de 16 de outubro de 2020, regulamentador à nível estadual da Lei Aldir Blanc.

Considerando as alterações promovidas pelo Decreto Federal n.º 10.683, de 20 de abril de 2021, ao Decreto Federal n.º 10.464, de 17 de agosto de 2020, que regulamenta a Lei Federal 14.017/2020 (Lei Aldir Blanc); bem como as alterações promovidas pelo Decreto Estadual 43.801/2021, ao Decreto Estadual 42.883/2020, que regulamenta a nível estadual a Lei Federal 14.017/2020 (Lei Aldir Blanc), foi prorrogado o prazo de execução dos projetos aprovados nos três Editais realizados, já citados, com recurso da Lei Aldir Blanc, bem como prorrogação do prazo para a apresentação do Relatório de Execução de Atividade, dentro do prazo previsto para entrega de prestação de contas da Secretaria de Estado de Cultura e Economia Criativa, qual seja dia 31 de março de 2022.

No presente momento há no Estado do Amazonas, apesar da manutenção de número elevado de infectados por COVID-19, aumento do ritmo da vacinação em massa e, conseqüentemente, retomada das atividades culturais, de eventos e de comércio. Assim, diversos aprovados nos Editais foram possibilitados a executar seus projetos culturais.

Com o fim de verificar junto à classe artística e da cadeia da cultura, bem como junto a toda a população, os impactos positivos da atuação da Lei Aldir Blanc, com a finalidade de oferecer dados ao presente artigo, foi realizada uma pesquisa na internet entre o dia 17 de junho e 02 de julho de 2021, divulgada nas redes sociais, que teve respostas anônimas tanto de trabalhadores da área da cultura quanto pessoas espectadoras das atividades culturais.

Quando questionados em relação ao acesso a atividades culturais no geral durante o período da pandemia de COVID-19, 95% dos entrevistados informaram ter participado de alguma atividade, como lives, apresentações artísticas, filmes, etc. Quando questionados

6 "Art. 16. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apresentarão o relatório de gestão final a que se refere o Anexo I à Secretaria-Executiva do Ministério do Turismo após a efetiva realização das ações emergenciais de que trata o art. 2º da Lei nº 14.017, de 2020.

§ 4º O relatório a que se refere o caput deverá ser apresentado até 31 de março de 2022, permitida a prorrogação por até noventa dias, mediante justificativa dos entes federativos e autorização da Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo."

em relação a atividades culturais financiadas com recurso da Lei Aldir Blanc no Amazonas, apenas 65% dos entrevistados informaram ter tido acesso a essas atividades.

Tal resultado pode ter se dado por dois fatores: o primeiro é a rápida saturação da população com atividades online. As lives tiveram um grande ápice em março de 2020, porém rapidamente foram esquecidas e em junho de 2020 já não eram mais comentadas. O segundo talvez seja a falta de divulgação em massa das atividades premiadas nos Editais financiados com recurso da Lei Aldir Blanc.

Quando questionados em relação a contemplação nos Editais financiados com recurso da Lei Aldir Blanc, 80% das pessoas que se inscreveram nos Editais informaram que foram contempladas. Ainda, metade das pessoas contempladas informou que esta era a primeira vez que tinha acesso a recurso público para a realização de atividade cultural.

Vê-se, portanto, a importância da realização de editais para o maior acesso de profissionais da cadeia cultural a ações que permitam transformar a sociedade. Citam Ferreira e Mango (2017, p. 93) o princípio cultural da atuação estatal como suporte logístico, onde ressaltam que a atuação do Estado como Estado-mínimo na produção cultural, no sentido democrático, visa essencialmente garantir o pluralismo e diversidade cultural, tendo em vista que a cultura deve ser produzida pelos atores inseridos na própria sociedade, e não como imposição cultural do Poder Público.

Dita Cunha Filho (2000, p. 51) que os próprios verbos nucleares do caput do art. 215 da constituição, quais sejam “garantira”, “apoiará” e “incentivará” expressam a ideia de suporte e defesa das atividades culturais, mas não agente realizador, tendo em vista que cabe à sociedade o exercício da prática cultural.

Ainda, foi questionado aos contemplados nos Editais se haviam realizado os seus projetos na integralidade, pelo que aproximadamente 70% dos contemplados informou que ainda não finalizou a execução do projeto cultural, e cerca de 30% informou que realizou o projeto cultural na integralidade.

Quando questionados a respeito das maiores dificuldades na execução dos projetos, os entrevistados, na sua maioria, informaram que os riscos que a pandemia trouxe e os impactos na saúde mental destes foram as questões mais problemáticas. Foi informada, ainda, a dificuldade de atingir os artistas mais periféricos e a edição, pós-produção dos projetos e marketing no período da pandemia.

Por fim, quando questionados se acreditam que a Lei Aldir Blanc permitiu maior acesso às atividades culturais no período de pandemia do COVID-19, afirmaram na sua maioria que sim, frisando, porém, que além disso a ação permitiu o acesso a renda para os trabalhadores da cultura, por terem sido o primeiro setor a parar na pandemia, bem como a necessidade de maior difusão no interior do estado. Ainda, consideraram que, pelas atividades serem online, permitiram o maior alcance de pessoas, auxiliaram os artistas a melhor divulgarem seu material na internet, profissionalizaram os artistas mais recentes e, ainda contemplaram “quem não aguenta mais essa pandemia de uma forma segura”. Um entrevistado informou que:

“Todo e qualquer incentivo para a classe artística é e será sempre de suma importância. Não apenas pelo fato de estarmos numa pandemia, mas porque a classe artística necessita realmente de muito incentivo e leis que possam amparar o artista em todas as esferas da arte”. (Anônimo, 2021)

Quando solicitados a sugerir ações para a aplicação dos recursos derivados da Lei Aldir Blanc no Estado do Amazonas, os entrevistados afirmaram que estes deveriam ser utilizados para a profissionalização de artistas, cursos de capacitação, ações estratégicas para formação de plateia, além de ações voltadas a minorias LGBTQI+, indígenas e quilombolas, bem como ações de sustentabilidade e, ainda, auxiliar no pagamento das contas de manutenção dos espaços culturais privados. Houve, ainda, uma manifestação pontual de entrevistado, que indicou:

“Atualização dos Conselhos de Cultura, dos Planos e dos Fundos; Dialogo constante com os Deputados Federais e Senadoras para destinar recursos federais para o Setor Cultural; mapeamento de artistas, organizações, ações e projetos em todos municípios do Amazonas”. (Anônimo, 2021)

Em atenção ao pleito do entrevistado, insta reproduzir as palavras de Dallari (1976, p. 72):

“Quem tiver consciência jurídica não se satisfaz com fórmulas abstratas, que nunca passam de meras abstrações, mas só aceita como Direito autêntico aquele que tem expressão concreta na vida social. E percebe que as regras aparentemente jurídicas, mas desprovidas de qualquer eficácia, são inúteis e até mesmo prejudiciais, porque apresentam o Direito como simples jogo de palavras.”

Em consonância com a opinião do autor, há que se frisar que, mais importante que a manifestação e apreciação do direito na legislação, é a aplicação prática da norma, a utilização e melhoria da sociedade pela ação política sobre a norma jurídica. Assim, mais do que a descrição dos direitos culturais e a previsão de plano de cultura, legislações que já existem no Estado Brasileiro, há que se efetivar tais direitos.

Quando dos comentários finais, entrevistados demonstraram interesse na ampliação da execução desta legislação, tendo em vista não apenas o auxílio emergencial a trabalhadores da cultura, mas também a possibilidade de divulgação de novos trabalhos artísticos e culturais. Tal pleito foi tão constante nacionalmente que desencadeou a execução da Lei Paulo Gustavo em 2023 e a Política Nacional Aldir Blanc, que será iniciada em 2024.

Insta citar, a título de encerramento, comentário de entrevistado acerca da execução da Lei:

“Cultura é vida. Acrescenta na vida de quem a consome e é o meio de vida de diversos artistas. Leis efetivas e eficazes nesse sentido são fundamentais”. (Anônimo, 2021)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à cultura, apesar de ser de difícil definição, é a forma de manter garantias ao pleno exercício de atividades e movimentos que expressam a diversidade cultural. Conforme o rol de direitos culturais elaborado por José Afonso da Silva, pertence à segunda dimensão de direitos fundamentais. Este direito é protegido tanto em regramentos inter-

nacionais quanto pela legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, porém, é possível identificar que não há total efetividade da legislação aplicável ao tema. Há que se citar, ainda, que as políticas culturais têm tido seus recursos paulatinamente reduzidos, além da diminuição da representatividade artística e cultural para o Estado Brasileiro, tendo, por exemplo, sido extinto o Ministério da Cultura em janeiro de 2019.

Ainda assim, tendo em vista a grande pressão social por parte da classe artística e cultural no país, foi sancionada, em 29 de junho de 2020, para minimizar o impacto do COVID-19 na classe artística e da cadeia da cultura, a Lei n. 14.017, que “dispõe sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”, popularmente conhecida como Lei Aldir Blanc.

O repasse derivado da Lei no valor de R\$3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) por parte do governo federal, a serem distribuídos para execução dos poderes executivos estaduais e municipais, tornou-se um marco de investimento na produção cultural nacional e sua difusão.

Em busca no Estado do Amazonas, verificou-se que dos 62 municípios amazonenses, apenas 22 municípios solicitaram repasses de valores do governo federal pela Plataforma +Brasil, utilizada para solicitar o recurso da Lei Aldir Blanc. Foram destinados cerca de R\$ 66 milhões de reais para o Amazonas como um todo, dos quais R\$ 38.145.611,98 (trinta e oito milhões, cento e quarenta e cinco mil, seiscentos e onze reais e noventa e oito centavos) foram repassados diretamente da União para o Estado do Amazonas, por meio da Secretaria de Cultura e Economia Criativa.

Em atenção à execução das ações com recurso derivado da Lei Aldir Blanc, coube ao Governo do Estado do Amazonas duas atuações macro: o Auxílio Emergencial Cultural e a publicação de Editais. Em atenção ao segundo, foram recebidas 2.418 inscrições aos Editais publicados pela Secretaria de Cultura e Economia Criativa, tendo sido contemplados cerca de 800 projetos, um número marcante e nunca antes apresentado pelo setor cultural.

Com finalidade de averiguar a efetividade da Lei Aldir Blanc na efetivação do direito a cultura por meio da aplicação de editais, foi realizada uma pesquisa de campo por meio da internet, que recebeu respostas de espectadores e realizadores de ações culturais. Verificou-se, da pesquisa, que a Lei Aldir Blanc teve resultados positivos.

Por fim, apesar da Lei Aldir Blanc haver possibilitado, pela primeira vez, que profissionais da cadeia da cultura realizassem projetos financiados pelo poder público, bem como permitiu a manutenção de profissionais da cultura sem nenhum recurso no período de pandemia, há muito espaço para melhoria na execução da Lei, bem como de demais legislações voltadas aos direitos culturais no Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Constituição do Estado do Amazonas** (1989). Manaus, Amazonas. Disponível em: <<http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/Constituicao-Estado-Amazonas-atualizada-ate-a-EC-108-de-2018.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2022.

AMAZONAS. **Lei 123/2019**. Estabelece diretrizes ao Poder Executivo Estadual, define as finalidades dos Órgãos da Administração Direta, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.casacivil.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Lei-Delegada-n%C2%B0-123-31.10.2019-1.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2022.

AMAZONAS. **Decreto n. 42.883/2020**. Regulamenta a Lei Federal n. 14.017, de 20 de junho de 2020 no âmbito do Poder Executivo Estadual e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/10/Decreto-n.-42.883-de-16-de-outubro-de-2020.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2022.

AMAZONAS. **Editais Prêmio Feliciano Lana**. Disponível em: <<http://editais.cultura.am.gov.br/novo/wp-content/uploads/2020/10/EDITAL-CULTURA-CRIATIVA-2020-PREMIO-FELICIANO-LANA-FINAL-ASPLAN-1.pdf>>. Acesso em 30 de junho de 2022.

AMAZONAS. **Editais Prêmio Equipa Cultura**. Disponível em: <<http://editais.cultura.am.gov.br/novo/wp-content/uploads/2020/11/Edital-Equipa-Cultura.pdf>>. Acesso em 30 de junho de 2022.

AMAZONAS. **Editais Prêmio Encontro das Artes**. Disponível em: <<http://editais.cultura.am.gov.br/novo/wp-content/uploads/2020/11/EDITAL-ENCONTRO-DAS-ARTES.pdf>>. Acesso em 30 de junho de 2022.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). “**Declaração Universal dos Direitos Humanos**” (217 [III] A). Paris.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de junho de 2022.

BRASIL. **Lei 12.343/2010**. Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12343.htm>. Acesso em 12 de junho de 2022.

BRASIL. **Lei 14.017/2020**. Dispõe sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legisla-

tivo nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14017.htm>. Acesso em 12 de junho de 2022.

BRASIL. **Decreto n. 10.464/2020**. Regulamenta a Lei nº 14.017, de 29 de junho de 2020, que dispõe sobre as ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10464.htm>. Acesso em 12 de junho de 2022.

BRASIL. **Medida Provisória de nº 870/2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 jan.2019. Disponível em: <<https://bit.ly/36UoanX>>. Acesso em 12 de junho de 2022.

CUNHA FILHO, F. H. **Cultura e democracia na constituição federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. 2004, Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, 2004. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3853/1/arquivo5010_1.pdf>. Acesso em 12 de junho de 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito, São Paulo**: José Bushatsky (ed.), 1976.

DRUMMOND, Alessandra et. all. **Direito e Cultura – Aspectos Jurídicos da Gestão e Produção Cultural**. 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2011.

GÓES, Geraldo Sandoval et. all. **O setor cultural na pandemia**: O teletrabalho e a Lei Aldir Blanc. Carta de Conjuntura, Número 49 – 4º Trimestre de 2020. 14 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/201015_cc49_cultura.pdf>. Acesso em 12 de junho de 2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNAD Contínua - Divulgação trimestral - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2021**. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=pnad+2021>>. Acesso em 12 de junho de 2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **POF – Pesquisa de Orçamentos Familiares 2017-2018**. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/24786-pesquisa-de-orcamentos-familiares-2.html?edicao=29142&t=sobre>>. Acesso em 12 de junho de 2022.

Pesquisa: A efetivação do direito à cultura durante a pandemia de Covid-19 por meio da realização de editais com recurso derivado da Lei Aldir Blanc no âmbito do Estado

do Amazonas. Criada por Paiva de Alencar, Anne. Disponível em <<https://forms.gle/dm-N3cWnBwMHVBpCx7>>. Criada em 17 de junho de 2021. Acesso em: 12 de junho de 2022.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil); CONTROLADORIA- GERAL DA UNIÃO – CGU. **Portal da Transparência do Governo Federal.** Disponível em: < <http://www.portal-transparencia.gov.br/funcoes/13-cultura?ano=2017>>. Acesso em 12 de junho de 2022.

SCHWAMBACH, Conrado. **Direito à cultura, mecanismos de incentivo e responsabilidade social: um estudo sobre os princípios constitucionais e diretrizes das leis e planos da cultura no Brasil**, nov.2017. Disponível em <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1873/1/2017ConradoSchwambach.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2022.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 30 ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

SOUZA, Isabela e BRANDÃO, Rebeca. **Política e cultura no governo Bolsonaro: quais disputas estão em xeque?** Fundação Heinrich Böll, 1º de abril de 2021. Disponível em: <<https://br.boell.org/pt-br/2021/04/01/politica-e-cultura-no-governo-bolsonaro-quais-disputas-estao-em-xeque>>. Acesso em: 12 de junho de 2022.

UNESCO. 2021 - **Ano Internacional da Economia Criativa para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em < <https://pt.unesco.org/fieldoffice/brasil/expertise/culture-development-brazil>>. Acesso em 12 de junho de 2022.

VIEIRA, Evaldo. **Os direitos e a política social.** 3ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2009.

Constitucionalismo abusivo: o uso da constituição no enfraquecimento da democracia

Emily Alves de Lima Jacintho¹
Albfredo Melo de Souza Junior²

RESUMO

Neste trabalho de conclusão de especialização será estudado o fenômeno intitulado de constitucionalismo abusivo, que consiste no uso de mecanismos para refazer a ordem constitucional democrática. Conforme demonstra a história contemporânea, países localizados na África, no leste europeu e na América Latina vêm sofrendo ataques à democracia, por meio de violações ao Direito de forma gradual e sutil, que culminam em restrições a direitos e liberdades fundamentais, no enfraquecimento das instituições de controle e na perpetuação do poder de determinado grupo político. Diante disso, será analisado o panorama histórico e social moderno, trazendo olhares específicos à realidade brasileira. Destacando-se, ainda, a necessidade de fazer funcionar o sistema de freios e contrapesos e a importância do conhecimento da Constituição pelos cidadãos e representantes políticos para desacelerar o abuso constitucional. Para tanto, o presente artigo desenvolver-se-á pelo método dedutivo, sendo estudado o fenômeno do constitucionalismo abusivo e analisando casos concretos já ocorridos. Por fim, disporá de consulta a doutrinas, além de documentos oficiais e artigos científicos, encontrados no meio eletrônico.

Palavras-chave: Constitucionalismo Abusivo. Democracia. *Constitutional Hardball*. *Court-Packing*. Emenda Constitucional.

1. INTRODUÇÃO

No século XXI - após o contexto do nazi-fascismo, do comunismo e do fundamentalismo religioso que marcou o século anterior - surge o constitucionalismo democrático, adotado por centenas de países, e elementarmente baseado na separação e independência dos poderes, proteção dos direitos e liberdades fundamentais, bem como eleições livres e periódicas.

1 Servidora Pública na Defensoria Pública do Estado do Amazonas. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA), emilyaljacintho@gmail.com.

2 Advogado. Professor efetivo da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas (ED/UEA). Membro do Núcleo de Direito, Tecnologia e Inovação (LAWin/UEA). Mestre em Direito (Unilasalle/RS). Especialista em Direito Processual Civil (Uniderp), albfredo@uea.edu.br.

Assim, em um momento histórico de expansão da democracia pelo globo, surge o fenômeno do constitucionalismo abusivo como uma nova forma, mais sofisticada, de se golpear o Estado.

Os golpes militares, muito conhecidos nos regimes ditatoriais da América Latina, caem em desuso, dando frente a manobras legais e constitucionais, como emendas e substituições à Constituição, para minar o regime democrático de Direito, enfraquecer direitos constitucionalmente adquiridos e favorecer visões autocratas de um seletivo grupo da sociedade que almeja se perpetuar no poder.

O termo constitucionalismo abusivo, identificado há mais ou menos 10 anos, que conta com nomes de referência no tema como David Landau, professor da Universidade da Flórida, e Mark Tushnet, professor da Universidade de Harvard, será o ponto central de análise deste estudo.

Nesse contexto, o presente trabalho espera realizar uma análise do tema sob o viés da ciência política. Ainda, pretende-se conhecer e investigar o fenômeno do constitucionalismo abusivo, como forma de prevenir abusos constitucionais e evitar o cerceamento de direitos, traçando-se meios para limitar a expansão do fenômeno.

Assim, é de sobremaneira relevante o presente trabalho, mormente em vista do cenário político mundial e da relativização de direitos fundamentais, além de se tratar de fenômeno atual, de modo que a pesquisa possui especial pertinência para a difusão da matéria, ainda pouco explanada, vez que não se apresentou soluções para a problemática.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida sob o enfoque crítico dialético, pelo método dedutivo, vez que, a partir da pesquisa de cunho teórico a ser realizada por meio de dados e fatos históricos ocorridos na sociedade moderna, será possível entender mais sobre o fenômeno do constitucionalismo abusivo e despertar a atenção da sociedade para que seja evitado o cerceamento de qualquer direito fundamental já previsto. Também será utilizado o método indutivo, na medida em que buscará respostas a partir da análise dos casos concretos ocorridos na América Latina. As fontes utilizadas serão de natureza bibliográfica, ou seja, livros que abordem o tema e artigos científicos, embora seja importante registrar que, por ainda não ter sido amplamente debatida no país, não existem abundantes materiais acerca da matéria.

2. DEMOCRACIA X AUTORITARISMO E O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Para melhor compreensão do presente estudo, inicialmente se faz necessário conceituar alguns institutos. Nesse ínterim, na autocracia uma única entidade ou pessoa governa de forma absoluta, sem a participação do povo. É importante destacar que, apesar de possuir um único líder no comando, ela não se confunde com a ditadura, uma vez que esta última se entende como transitória.

Na obra “Como as democracias morrem”, é destacado que o cientista político Juan Linz desenvolveu um conjunto de sinais de alerta para identificar políticos autoritários, são eles: 1) falta de compromisso ou até mesmo rejeição às regras democráticas; 2) deslegitimação dos oponentes políticos, retratando-os como ameaças, criminosos e adversários da ordem

constitucional; 3) tolerância ou até mesmo incentivo à violência; e 4) disposição para restringir as liberdades civis dos oponentes, incluindo a mídia (ZIBLATT, 2018).

Os autores do *best-seller*, ressaltam que, mesmo que o político se encaixe em somente um desses critérios, já é motivo para preocupação. Além disso, salientam que muitos líderes populistas se enquadram nesses critérios, representando uma ameaça à democracia.

Assim, para evitar que políticos autoritários ganhem poder, os partidos democráticos precisam recusar sua participação em eleições; não permitir que eles façam parte de seus partidos; evitar alianças com eles, isolá-los sistematicamente, em vez de legitimá-los, e formar frentes unidas para derrotá-los, mesmo que para isso tenham que formar alianças com opositores em momentos críticos.

A contrário sensu, a democracia pode ser entendida como o poder que emana do povo - etimologicamente, “*demo*” povo e “*cracia*” poder - vez que, nela, os seus cidadãos elege o seu representante por meio do sufrágio.

Contudo, mais do que isso, nas democracias o poder é distribuído para diversos detentores que exercem sua atribuição dentro de suas competências, são eles: legislativo, executivo, judiciário e órgãos de fiscalização.

E não só, esses detentores, custodiados pelo princípio da legalidade, sujeitam-se a normas preexistentes, que não só determinam as suas competências e atribuições, garantindo sua independência, como também lhes asseguram garantias para o seu exercício independente de abusos e arbitrariedades (MARTINS, 2022).

Montesquieu tinha a ideia de que só o poder controla o poder. Não à toa, o Estado Democrático de Direito fixa a descentralização do poder através da Teoria da Separação dos Poderes.

Nesse sentido, o iluminista francês, em “O Espírito das leis”, visando evitar governos absolutistas, descreve a necessidade de estabelecer a autonomia e os limites entre os poderes, dando início à construção da teoria atualmente conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances System*), no qual cada poder tem autonomia para exercer sua função específica, mas é controlado pelos outros poderes, a fim de se conter os abusos, visando o equilíbrio do sistema (BARBOSA, 2018).

Ocorre que, grande parte das democracias existentes não se estabeleceram diretamente após um regime autocrático, mas sim por transições graduais passando por um estágio intermediário, chamado de Anocracia (MARTINS, 2022).

Anocracia é, portanto, um conceito novo que descreve um sistema de governo caracterizado pela instabilidade política e ineficácia governamental, no qual o poder é disputado por grupos de elite, resultando em competição constante pelo controle, sendo mesclados elementos democráticos e autocráticos.

Esse tipo de regime, tido como intermediário ou híbrido, pode perdurar por longos períodos, envolvendo liberdades significativas, mas com restrições ao sufrágio e à competição eleitoral, bem como limitações na responsabilização dos governantes eleitos.

O cientista político Leonardo Avritzer (2019) preleciona que a democracia segue um movimento cíclico em que ora vive um período de entusiasmo democrático ora passa por um período antidemocrático, o que chama de “pêndulo da democracia” expressão que leva o título de sua obra.

Historicamente, principalmente nos países em desenvolvimento, como os da América Latina, os ataques à democracia se davam por golpes militares, quando ocorria uma brusca ruptura da ordem jurídica vigente, isto é, com a suspensão declarada dos direitos fundamentais, fechamento do Congresso e tanques nas ruas.

Ocorre que, diferentemente do que se identificava nos séculos anteriores, os golpes democráticos recentes são mais rebuscados e discretos, ocorrendo de maneira menos clara do que os antigos golpes militares.

Ressalta-se que, não obstante os golpes tenham perdido significado e a quantidade de regimes autoritários tenha diminuído pelo mundo, esses regimes não se tornaram integralmente democráticos, tornaram o que os estudiosos definem como “autoritarismo competitivo”, “autocracias eleitorais” ou simplesmente regimes “híbridos” por também ser composto de aspectos autoritários.

Em sua obra, Landau levanta a problemática da criação de um regime aparentemente democrático, mas que em verdade peca em fiscalizações do líder que está no poder e na proteção e garantia de direitos para grupos mais vulneráveis situados à margem do poder, o que claramente faz desse governo menos democrático do que um governo que respeita às garantias.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, no artigo “democracias liberais, direitos humanos e papel dos tribunais internacionais”, intitula as democracias que sofrem do constitucionalismo abusivo ou do “legalismo autocrático” como “liberais”. Nelas, a violação ao Direito ocorre aos poucos e de forma discreta, mas ao final do processo há restrições a direitos e liberdade fundamentais, enfraquecimento das instituições de controle e perpetuações no poder.

No texto “Constitucionalismo Abusivo”, o fenômeno é conceituado como o uso de mecanismos de mudança constitucional por governantes ou grupos poderosos ou que enfraquecem determinado estado democrático, se comparado com o seu *status quo ante*³ (LANDAU, 2020).

Em outras palavras, o termo concebido por Landau, consiste em golpes sutis dados na ordem democrática. Trata-se de uma ação mascarada, ocorrida por meio de movimentos legalmente previstos, mas que, por serem utilizados de formas deturpadas, depreciam os valores democráticos.

No constitucionalismo abusivo, a Constituição, ferramenta que em sua essência visa limitar o poder do Estado, é usada como mecanismo de manobra para aumentar a soberania estatal. Isto é, o uso desvirtuado da constituição, a fim de perpetuar aquele que já se encontra no poder.

Portanto, pode-se entender como constitucionalismo abusivo o uso arbitrário da constituição com medidas que, embora formalmente legais e constitucionais, acabam minando a democracia. Nele, são editadas emendas constitucionais ou substituída a constituição, visando a perpetuação do poder de determinado grupo político, aumentando o seu poder, pelo enfraquecimento das instituições necessárias de fiscalização ao exercício do poder; da concentração de poderes no Executivo, da ausência de lisura nas eleições, além da perseguição da oposição, dificultando assim, a ascensão de novas lideranças.

3 Traduzido do latim, significa “no estado em que estava antes”.

Nessa perspectiva, a doutrina divide o constitucionalismo abusivo em duas vertentes. A primeira, intitulada como “estrutural”, ocorre quando são utilizados métodos formais de mudança da Constituição, como por exemplo: emenda ou substituição da constituição.

Outra forma do constitucionalismo abusivo se apresentar, é nomeada de “episódico”, que ocorre quando as técnicas constitucionais são empregadas em desconformidade com as diretrizes do direito constitucional, forma esta que, segundo alguns estudiosos, é a que ocorre no Brasil.

Desta forma, a ruína da democracia liberal tem se dado, na sociedade moderna, por meio de líderes populistas autoritários que chegam ao poder, em sua grande maioria, eleitos, baseados em discursos falaciosos de rompimento com a política do autointeresse, e que, através da manipulação de temores da sociedade e com apoio popular e legislativo, utilizam-se de manobras legislativas, a fim de concentrar poder em suas mãos e se perpetuar no poder.

O professor Tushnet, desenvolveu o conceito de *Constitutional Hardball*, ou em português “jogo duro constitucional”, segundo o qual para alcançar determinado objetivo político a partir de uma ordem constitucional, algumas frentes deveriam adotar uma postura mais agressiva, ou seja, “jogar duro” atingir seu objetivo, como por exemplo um grupo minoritário que enfrenta diversas dificuldades frente às instituições já comandadas pela elite dominante.

De outro modo, o Constitutional Hardball “pode levar a um ambiente político no qual a vitória é tudo o que importa, em detrimento dos valores democráticos fundamentais, como a proteção das minorias e a manutenção do Estado de Direito” (NEUBAUER, P. 39).

Assim, uma mesma movimentação política pode tanto se tratar de um movimento comum, porém mais incisivo, como também pode incidir no fenômeno do constitucionalismo abusivo.

Consoante preceitua Tushnet (2004), o jogo duro constitucional pode ser prejudicial quando houver um padrão consistente de violações das normas constitucionais. Deve-se portanto, ter atenção aos atos praticados, que se analisados isoladamente, podem parecer inofensivos, já que por serem camuflados de legitimidade são aprovados no Legislativo e chancelados no Judiciário, mas conforme já explanado, o constitucionalismo abusivo é sutil e ocorre de forma gradativa.

3. COURT-PACKING E O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NO JUDICIÁRIO

Muitos governantes recém-empossados, ao se depararem com a realidade de governança hostil frente aos outros poderes - já familiarizados e simpáticos com a antiga gestão pública -, verificam que o êxito político e a almejada reeleição dependem de tornar o Judiciário alinhado à sua convicção política.

Isto porque compete aos tribunais constitucionais ou cortes supremas, garantidos no sistema de freios e contrapesos, a apreciação de validade dos atos administrativos e normativos oriundos do Poder Executivo e do Poder Legislativo com a Carta Maior do país, no chamado controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade, tem papel crucial na proteção dos princípios constitucionais fundamentais, como as cláusulas pétreas, que servem como amarras para impedir mudanças que possam comprometer a identidade constitucional de um país, ou seja, tem a função de garantir a supremacia da Constituição.

Ocorre que, o controle de constitucionalidade, acabou por expandir o Judiciário, vez que ampliou a seara de discussão de matérias que outrora eram discutidas apenas no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo. E nesse sentido, líderes políticos, verificaram que poderiam utilizar-se do *judicial review*⁴ “como forma de reduzir limitações impostas pela Constituição” (NEUBAUER, P. 32).

Assim, quando utilizado politicamente para limitar a ação do governo democraticamente eleito, o controle de constitucionalidade, além de fazer dos tribunais, verdadeiros agentes de violação do sistema constitucional, poderá levar à percepção de corrupção, bem como à descrença e falta de confiabilidade no sistema judicial.

Nessa lógica, a intervenção no Judiciário para controlá-lo dentro do jogo político pode ocorrer com: a restrição das garantias dos magistrados, a alteração do número de membros do tribunal, ou ainda, a redução ou aumento da idade de aposentadoria dos juízes, de modo que mais membros são escolhidos por aquele governo no poder, ou mantendo aquele magistrado alinhado a sua ideologia, **respectivamente, mas que de qualquer modo, venha por tornar mais fácil a legitimação dos seus atos.**

Em 1937, o presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt, que no primeiro mandato sofreu diversas invalidações da Suprema Corte no *New Deal* – programa instaurado para enfrentar a crise de 1929 vivida no país –, enviou ao Congresso Nacional projeto de lei que ficou conhecido como “*court-packing plain*” no qual pretendia a reforma da Suprema Corte para lhe fosse permitido nomear mais ministros.

A proposta legislativa não foi aprovada, por ter sido constatado que se tratava de uma interferência indevida do Executivo no Judiciário, mas a sua mera existência já desencadeou **renovação jurisprudencial** para permitir maior intervenção do estado na economia.

O termo “*court-packing*” – que em tradução literal significa o empacotamento da corte – consiste na utilização do poder constituinte derivado para alterar a composição de um tribunal constitucional (MARTINS, 2022), como a Suprema Corte, no caso de Roosevelt nos Estados Unidos, ou do Supremo Tribunal Federal, caso ocorresse no Brasil.

Corroborando ao tema, o magistrado Henrique Santos Magalhães Neubauer (2023), em sua dissertação de mestrado também chama a atenção que a crescente politização dos tribunais, pode desvirtuar a sua função de proteger os princípios constitucionais fundamentais, quando se fizer uso da *judicial review* para objetivos políticos, em vez de garantir o respeito à lei e à constituição.

Para Martins (2022), o *court-packing* é um retrocesso democrático e é absolutamente inconstitucional por se tratar de uma clara violação ao princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea em nosso país.

4 Através da tese de mestrado do professor Neubauer, infere-se que o termo significa “controle de constitucionalidade”.

4. COURT-PACKING NO BRASIL

Na realidade brasileira, durante o período da ditadura militar, o então presidente Castelo Branco, por meio do Ato Institucional nº 2, aumentou de onze para dezesseis o número de ministros da nossa suprema corte. Ainda na ditadura, em 1969, com o Ato Institucional nº 5, os ministros Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal, indicados em governos anteriores, foram aposentados sumariamente (BARBOZA, 2019).

Essa situação se assemelha à ocorrida com a Emenda Constitucional n. 88, oriunda da PEC da “bengala”, como ficou conhecida, mas dessa vez, ocorrida durante um regime democrático.

Aprovada em 2015, a emenda ampliou a idade de aposentadoria compulsória dos ministros dos Tribunais Superiores, de 70 para 75 anos. Com isso, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, ficou impedida de nomear dois novos Ministros do STF – Supremo Tribunal Federal.

Recentemente, no último governo de Bolsonaro, no ano de 2019, a Deputada Bia Kicis do PSL/DF, apresentou nova Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 159/2019), com o fito de revogar a EC n. 88/2015, ou seja, para que fosse reduzida a idade limite de aposentadoria compulsória.

Caso tivesse sido aprovada a tempo do fim do mandato presidencial, conforme observado pela professora doutora da UFPR, Estefânia Barboza, “Bolsonaro teria nas mãos a indicação de quase 40% da Corte brasileira” (BARBOZA, P. 429) vez que além das aposentadorias previstas dos ministros Celso de Mello em 2020, e do ministro Marco Aurélio em 2021, também se aposentariam compulsoriamente aos 70 anos, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

Como consabido, Lewandowski deixou o Supremo em abril de 2023, e Weber se aposentou em setembro de 2023, ambos por atingirem a idade limite para integrar a Corte, 75 anos.

A referida PEC, na data deste trabalho (abril de 2024), ainda se encontra em andamento, tendo tido parecer de admissibilidade da proposta pela CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em 2021.

E não só, o mesmo governo propôs a PEC nº 6/2019, conhecida como Reforma da Previdência, que contemplou uma série de alterações estruturais, incluindo possíveis mudanças no artigo 40, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Federal, o que impactaria diretamente o Supremo Tribunal Federal (STF), especificamente no que diz respeito à aposentadoria dos ministros, já que visava a regulamentação da aposentadoria por lei complementar, processo legislativo bem mais flexível e simples do que por emenda.

Apesar de aprovada por meio da EC nº 103/2019, a Reforma da Previdência não modificou o art. 40, §1º, II da CF.

5. O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO PELO MUNDO

O fenômeno do constitucionalismo abusivo, a maior ameaça à democracia no mundo contemporâneo, vem se acumulando em diversos países ao redor do globo, a saber: Hungria, Polônia, Turquia, Rússia, Geórgia, Ucrânia, Filipinas, Venezuela e Nicarágua.

Como visto, o constitucionalismo abusivo pode se dar através de emendas constitucionais ou por substituição, este último exemplificado com a situação ocorrida na Venezuela, quando Hugo Chávez, após vencer as eleições, propôs um referendo para determinar a possibilidade de eleições para uma Assembleia Constituinte, uma vez que, segundo Chávez, o “povo” detinha um poder constitucional inerente de substituir seu próprio texto constitucional. Apesar de invocada, não houve impedimento por parte da Suprema Corte.

Ocorre que Chávez escreveu as regras para a eleição da Assembleia sendo-lhes imensamente favoráveis, tanto é que, embora o seu partido tenha obtido 60% dos votos, ocupou 90% dos assentos na Assembleia.

A Assembleia, por sua vez, suspendeu o Congresso, criou um Conselho encarregado de expurgar o Judiciário, removeu funcionários de nível estatal, além de ter fechado a própria Suprema Corte. A nova Constituição venezuelana também ampliou o alcance dos atos do Poder Executivo.

Além de Chávez, outros líderes da América Latina como Rafael Correa do Equador, e Evo Morales da Bolívia, também utilizaram dessa tática de substituir a constituição existente para fins de se consolidarem no poder, firmando regimes autoritários.

Ainda na América Latina, mas fazendo o uso do constitucionalismo abusivo por emendas constitucionais, cita-se o caso da Colômbia, onde o então presidente eleito, Álvaro Uribe Velez, promove uma emenda à constituição para ser reeleito ao segundo mandato, então vedado pelo ordenamento jurídico do país.

A questão foi levada à Corte Constitucional colombiana que entendeu que no âmbito internacional é comum haver dois mandatos e que mais um mandato não daria a Uribe a capacidade de controlar instituições. Ocorre que, logo após vencer a reeleição, os apoiadores do então presidente trabalhavam no Congresso para aprovar uma nova emenda que permitia um terceiro mandato, esta sim, que foi barrada pela Corte Constitucional.

No continente europeu, por sua vez, há o caso da Polônia, no qual houve alteração legislativa antecipando a aposentadoria dos ministros do tribunal constitucional, além de ter dado poder discricionário ao Presidente da República de prorrogar a presença dos membros no tribunal, para além da nova idade de aposentadoria. Para tanto, o governo fundamentou a medida na homogeneização das idades para aposentar no serviço público.

Entretanto, tal situação foi levada à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 2019. O governo polonês, tentando evitar uma decisão de mérito perante o referido tribunal internacional, revogou a lei e reintegrou os juízes da Suprema Corte, postulando a extinção do feito por perda de objeto (BARROSO, 2019).

Ocorre que o TJUE não considerou as alterações posteriores e apreciou o caso, entendendo que o que se pretendia com a medida era afastar os magistrados com ideologia diversa ao governo e que porventura decidiam em divergência com as expectativas do Executivo. Ao final do processo, o TJUE proferiu decisão de mérito no sentido de que a medida ensejava na violação ao princípio da imparcialidade, ao princípio da independência judicial e ao princípio da inamovibilidade.

A tentativa da República Polonesa em se esquivar de uma condenação pelo TJUE é um indício de como a problemática do crescente constitucionalismo abusivo pode ser resolvida, uma vez que indica a preocupação do país com as suas relações internacionais, que poderiam ser fragilizadas no bloco após uma condenação pelo tribunal internacional competente.

É claro que se trata de um fenômeno complexo que, justamente por se tratar de manobras muitas vezes formalmente legais, sequer são percebidos pelas autoridades para então serem punidas ou desfeitas. Além disso, deve se considerar que não são todos os países que se sentem ameaçados por represálias, sejam elas jurídicas ou econômicas de outros países, uma vez que já possuem relações internacionais fragilizadas, com poucos contatos comerciais.

Há a possibilidade da “interpretação constitucional extraterritorial”(LANDAU, P. 52), a qual, segundo o autor, seria complicada pois **exige conhecimento de pessoas alheias aquela ordem constitucional, uma vez que cada carta possui regramentos próprios**, o que inviabilizaria a aplicação das cláusulas existentes de forma mais rigorosa, cabendo também caso o governo em exercício realize violações constitucionais mais ambíguas, justamente pela falta de conhecimento naquela determinada constituição ou por aquela carta não reger determinada matéria, criando uma “vala” de constitucionalidade.

Outra possível solução trazida por Landau, seria estabelecer uma espécie de “receitas” constitucionais prevendo cortes e procuradorias por exemplo, contudo, para tanto “seria necessário um consenso sobre o desenho constitucional que parece não existir na maior parte do mundo” (LANDAU, P. 52).

Essa solução também não resulta com resultado prático, vez que constituições que parecem democráticas em nada impedem práticas constitucionalistas abusivas, não basta apenas a constituição parecer democrática é preciso que ela tenha efeitos democráticos.

A terceira solução, seria o que talvez venha a ser desenvolvido na questão húngara na União Europeia, a criação de uma instituição “que realizaria revisões periódicas “duras” da ordem constitucional de todos os seus Estados para garantir que eles realmente funcionem como democracias liberais” (LANDAU, P. 53).

Finalmente, há a opção da criação de uma Corte Constitucional Internacional, a qual já foi inclusive levantada pelo Presidente interino da Tunísia na Assembleia Geral da ONU. A corte combateria constituições ilegais e eleições fraudulentas, por exemplo. No entanto, novamente urge a problemática do consenso das questões democráticas e óbice de um direito internacional pouco desenvolvido sobre o assunto. Logo, para Landau, grande nome no assunto, seria melhor uma comissão ou um órgão similar do que um tribunal propriamente dito, como, por exemplo, a Comissão de Veneza, mas em uma dimensão global.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que desenvolver mecanismos eficazes de combate a atos constitucionais abusivos é uma tarefa complexa, justamente pelo fato de os governantes “driblarem” a constituição, utilizando uma série de manobras constitucionais e legais.

Tribunais internacionais, como demonstrado neste trabalho pelo TJUE, têm tentado conter o avanço deste fenômeno onde lhe cabe jurisdição, indicando um caminho a ser percorrido, mesmo que limitado para blocos específicos de países.

As cortes internacionais, comissões, dentre outros órgãos, podem ajudar a desencorajar atos abusivos, exercendo um papel preventivo, além de, por óbvio, aplicar sanções às nações que violarem convenções internacionais.

Nesse ponto, ressalta-se que, mesmo quando o tribunal internacional não consegue adentrar na ordem jurídica interna ao ponto de desfazer o ato abusivo, ou mesmo que o

país se esquite do cumprimento de sua repressão, o simples fato de levantar a demanda internacionalmente já tem relevância para fins de informação e trazer à tona a verdade real sobre a situação vivenciada.

Em alguns casos, talvez a resposta esteja em tornarem ainda mais complexas as mudanças constitucionais, papel exercido com as emendas e cláusulas de substituição.

Para além, especificamente quanto às formas de conter o *court-packing* entendemos que qualquer alteração estrutural de uma Corte Constitucional, deva compor um prazo de vigência para além do atual mandato do líder político, bem como caso haja modificação no regramento de aposentadoria por exemplo, que ela não reflita aos atuais ministros.

Além do mais, a ampliação da discussão sobre o tema, de forma a trazer conhecimento a um maior número de pessoas da importância da democracia, com cidadãos atentos e ativos para fazerem valer a vontade popular, fortalecendo assim as frentes de oposição dos governos autoritários, contribuem para impedir retrocessos maiores.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia, 2019.

BARBOSA, Oriana Piske De A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos – Checks and Balances System**. TJDF, 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 09 set. 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Constitucionalismo Abusivo e o Ataque ao Judiciário na Democracia Brasileira**471. 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/60809371/Constitucionalismo_Abusivo_e_Ataque_ao_Judiciario_-_Inomata_e_Barboza_201920191005-57289-x6bfu3.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Democracias Iliberais, Direitos Humanos e Papel dos Tribunais Internacionais**. 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2019/11/8E-D8C780AE0BF3_DemocraciasIliberais,DireitosH.pdf>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. **Constituição 1988**. Brasília: Senado Federal, 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ricardo Lewandowski deixa o STF e recebe homenagens de ministras e ministros da Corte**. Notícias. Publicado em 11/04/2023. Disponível em: <[70](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=505411&ori=1#:~:text=Ricardo%20Lewandowski%20deixa%20o%20STF,partir%20de%20hoje%20(11).&text=O%20ministro%20Ricardo%20Lewandowski%20deixa,ter%C3%A7a%20feira%20(11).>. Acesso em: 14 abr. 2024.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministra Rosa Weber se aposenta do STF neste sábado (30) após quase 12 anos na Corte.** Notícias. Publicado em 29/09/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515000&ori=1#:~:text=O%20Di%C3%A1rio%20Oficial%20da%20Uni%C3%A3o,e%20Seguran%C3%A7a%20P%C3%ABlica%2C%20Fl%C3%A1vio%20Dino>>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 159/2019.** Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. [s.d.] Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2223878>>. Acesso em: 14 abr. 2024.

GARDESANI, André. **Retrocesso democrático, constitucionalismo abusivo e “vontade de constituição”.**2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-03/andre-gardesani-retrocesso-democratico-constitucionalismo-abusivo>>. Acesso em: 07 jul. 2022.

KANEGAE, Kenji. **O Bolsonarismo em xeque: Constitucionalismo Abusivo ou Jogo Duro Constitucional?;** Justificando. Disponível em: <<https://wbww.justificando.com/2020/05/15/o-bolsonarismo-em-xeque-constitucionalismo-abusivo-ou-jogo-duro-constitucional/>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

LANDAU, David. **Constitucionalismo Abusivo.** REJUR – Revista Jurídica da UFERSA, Mossoró, v. 4, n. 7, p. 17-71, jan./jun., 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional / Flávio Martins.** - 6. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

NEUBAUER, Henrique Santos Magalhães. **As fronteiras do court-packing no Brasil: entre o constitutional hardball e o constitucionalismo abusivo.** 2023. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <<http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/47293>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

TUSHNET, Mark. **Constitutional Hardball.** The John Marshall Law Review, 37, 2004.

A não violação do princípio da inafastabilidade de jurisdição por decisões de improcedência de anulação e revisão de atos administrativos

Frederico Augusto Sampaio Veiga¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo abordar tema que é constantemente levantado por causídicos de administrados em ações movidas em face da Fazenda Pública: o de o Poder Judiciário não poder se abster de anular ou reformar atos administrativos sob pena de violação dos princípios constitucionais do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição. Após dissecar o tema em três níveis de premissas, quanto ao delineamento dos princípios mencionados, quanto ao recorte observacional dos atos administrativos e seu controle jurisdicional e quanto a considerações jurídicas jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas, concluiu-se que decisões de improcedência por ausência de vícios de juridicidade não configuram de forma alguma a exclusão de lesão ou ameaça de lesão de direito a serem apreciadas pelo Poder Judiciário, portanto, não havendo violação, mas, sim, também hipótese de efetivação dos abordados princípios.

Palavras-chave: Inafastabilidade. Jurisdição. Acesso à Justiça. Ato Administrativo. Controle. Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

Um número considerável de causídicos, em litígios contra a Fazenda Pública, traz, inconformadamente, a arguição recursal de que “o Poder Judiciário não pode se abster de revisar ou anular atos administrativos sob pena de violação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição” mesmo em casos que foram prolatadas decisões de mérito as quais guinaram-se pela improcedência da ação por inexistência de vícios de juridicidade.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogado. Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas (PGE-AM).

Surge, por conseguinte, a seguinte indagação de caráter técnico-jurídico:

O julgador ao prolatar decisão pela improcedência da ação por inexistência de vício de juridicidade incorre em violação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição?

Primeiramente, adentraremos na apresentação e descrição do direito ao Acesso à Justiça, traçando considerações sobre o movimento que o permeia e sua relação com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Após, trataremos sobre as acepções dos atos administrativos utilizadas no âmbito do direito público como também abordaremos as formas de controle realizado pelo próprio órgão da administração pública e o operado pelo Poder Judiciário.

Por fim, levando-se em consideração os postulados expostos no presente trabalho, através do método de raciocínio lógico-científico da “abdução”, auxiliados por posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, demonstraremos nossas considerações jurídicas sobre a existência ou não de violação do mencionado princípio constitucional mencionado.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Ampla é a gama de observações e estudos a respeito da fenomenologia do Acesso à Justiça, não sendo cabível ao presente trabalho esvaziar todas suas implicações.

Como ponto inicial do recorte de observação relevante para os fins argumentativos da obra em apreço, trazemos a seguir a definição dada pelo douto professor e procurador da Fazenda Nacional Luis Alberto Reichet²:

O direito humano e fundamental ao acesso à justiça compreende o acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios. Nesse sentido, há que se considerar, desde logo, que a tutela de direitos ora reclama a presença de meios para solução de conflitos (o que, por sua vez, pode acontecer com ou sem a intervenção do Estado), ora simplesmente se manifesta sob a forma de criação de situações jurídicas subjetivas mediante a presença de prestação estatal (como, por exemplo, nos casos de providências em sede de julgamento de ações constitutivas necessárias) (REICHET, 2018).

Depreende-se, assim, que o Acesso à Justiça, detém não apenas a qualidade de direito, mas também de princípio fundamental que norteia o aparato estatal no que concerne à garantia de oportunidades aos cidadãos de meios de resolução de conflitos e obtenção do “bem da vida pretendido” em variados âmbitos que não apenas o Poder Judiciário.

Tal direito fundamental ensejou um movimento de pesquisa e desenvolvimento gestado pelo Projeto de Florença encabeçado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, no qual chegaram a conclusões que trouxeram ao lume primeiramente três ondas renovatórias (atual-

2 REICHELT, Luis. **O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC** In: ALVIM, Teresa; DI-DIER JR, Fredie. **Doutrinas essenciais - Novo processo Civil - Teoria Geral do Processo I**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/doutrinas-essenciais-novo-processo-civil-teoria-geral-do-processo-i/1196959225>. Acesso em: 02 jun. 2024.

mente delinea-se nove) do Acesso à Justiça: a primeira onda refere-se aos meios de superação da barreira econômica frente às classes menos favorecidas; a segunda relaciona-se com os obstáculos organizacionais no que tange a expansão do leque de proteção aos direitos metaindividuais (difusos e coletivos); já a terceira diz respeito à eficiência processual e meios alternativos de solução de conflitos, em outros termos, viabilização de um sistema “multipor-tas” (CAPPELLETTI, 1988, tradução de Ellen Gracie Nothfleet *apud* DE OLIVEIRA, 2023; REICHET, 2018).

Após breve sinopse a respeito do fenômeno abordado, fica evidente sua amplitude, sendo importante frisar que nos utilizaremos da abordagem de uma de suas facetas, o princípio constitucional da *inafastabilidade da jurisdição*, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Assim o define o professor Luis Alberto Reichet:

O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional é uma de suas projeções, e compreende, em uma primeira aproximação, o *direito da parte ao acesso efetivo ao emprego da jurisdição como fórmula destinada à tutela de direitos*.

[...]

Outra questão importante a ser considerada na interpretação do constante do art. 5º, XXXV da Constituição Federal diz respeito ao fato de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Interessante considerar, aqui, que o art. 3º do CPC, diferentemente, diz que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

A sutil diferença entre a linguagem constitucional e aquela empregada pela codificação legal revela que uma verdade simples e importante: havendo uma lesão ou ameaça de lesão a direito, *é preciso que as partes tenham a possibilidade de apreciação jurisdicional, independentemente de a jurisdição ser exercida por órgãos do Estado ou por árbitros*. Em verdade, o legislador infraconstitucional ampliou a proteção prevista na Constituição, facultando às partes a possibilidade de submeterem seus conflitos à apreciação por árbitros, respeitados os limites previstos em lei. Do acesso ao Poder Judiciário avançou-se, em verdade, na direção do acesso à justiça (*op. cit.*).

Já o professor Fredie Didier Jr. Traz a seguinte descrição³:

Desse enunciado decorre o chamado *princípio da inafastabilidade de jurisdição*. O principal efeito desse princípio é o direito fundamental de ação, também designado como direito de acesso ao /poder Judiciário, direito de acesso à justiça ou direito à jurisdição. O direito de ação é um complexo de situações jurídicas, Não se trata de direito de conteúdo eficaz único. O direito de ação contém o direito de provocar o Judiciário, o direito de escolher o procedimento, o direito à tutela jurisdicional e o direito ao recurso, por exemplo. [...]

3 DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. v.1, pp. 216-217, grifo nosso.

Quando a Constituição refere à impossibilidade de exclusão de lesão ou ameaça de lesão da apreciação jurisdicional quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) *não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato*. O direito de ação é o direito à decisão judicial *tout court* (DIDIER JR, 2019, pp. 216-217, grifo nosso).

A despeito de divergentes os mencionados doutrinadores quanto ao aspecto do significado dos princípios de Acesso à Justiça e Inafastabilidade da Jurisdição, Reichet afirmando que o segundo é parte integrante do primeiro e Didier Jr arguindo estes serem sinônimos, depreende-se, sem controvérsias, que o segundo princípio consiste na garantia de uso do “Poder Judiciário multiportas” para resolução de litígios não só entre cidadãos brasileiros mas todas as pessoas, incluindo os estrangeiros, abarcados pela competência jurisdicional definida pela CRFB/88.

Concordamos, em específico, com o posicionamento de Fredie Didier Jr. no sentido de que o Acesso à Justiça e a Inafastabilidade da Jurisdição não ensejam necessariamente uma decisão de procedência do pleito daquele que exerce o direito de ação, ocorrendo independentemente do teor positivo ou negativo do mérito e demonstraremos ser o entendimento aplicável às hipóteses que envolvem a apreciação de atos administrativos pelo Poder Judiciário, o escopo do presente trabalho.

3. ATOS ADMINISTRATIVOS E SEU CONTROLE JURISDICIONAL

Sendo partícula essencial de nosso objeto de estudo, mister apresentarmos as definições concernentes aos atos administrativos.

A ilustríssima Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após expor um apanhado demonstrando os diversos critérios de definição e delimitação utilizado pelos administrativistas e publicistas brasileiros, traz o seguinte conceito⁴:

Com esses elementos, pode se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos com a observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário (DI PIETRO, 2014, p. 205).

Já o douto José dos Santos Carvalho Filho assim os descreve⁵:

Não há uniformidade entre os autores quanto a um conceito de ato administrativo, e isso porque o conceito deve atender ao exato perfil do instituto.

Consideramos, todavia, que três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane da Administração

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 205.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, pp. 104-105.

Pública ou dotado de prerrogativas esta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público (CARVALHO FILHO, 2018, pp. 104-105).

[...]

Firmadas tais premissas, podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo a “exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (ROCHA, 1999, pp. 43-55 *apud* CARVALHO FILHO, 2018, pp. 104-105).

O doutor professor Celso Antônio Bandeira de Mello ensina⁶:

Já agora, após estes preliminares, é possível conceituar ato administrativo como: *declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*

Cumpra esclarecer, entretanto, que pode haver alguma hipótese excepcional na qual a Constituição regule de maneira inteiramente *vinculada* um dado comportamento administrativo *obrigatório*. Em casos desta ordem poderá, então, haver ato administrativo imediatamente infraconstitucional, pois a ausência de lei, da qual o ato seria providência jurídica de caráter complementar, não lhe obstará à expedição (DE MELLO, 2014, p. 389).

E finalmente, a seguir dispomos lições do eternizado Hely Lopes Meirelles⁷:

O conceito de *ato administrativo* é fundamentadamente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. É ato jurídico todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Partindo desta definição, podemos conceituar o ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando-se, apenas, a *finalidade pública* que é própria da espécie e distinta do gênero ato jurídico, como acenam os administrativistas mais autorizados.

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

[...]

Por aí se vê que o ato administrativo típico é sempre manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções do Poder Público, visando produzir algum efei-

6 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 384.

7 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLHE FILHO, José Emanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 173-174.

to jurídico o que distingue do *fato administrativo*, que, em si, é atividade pública material, desprovida de conteúdo de direito. Como produz efeitos, é um ato jurídico, com características próprias (MEIRELLES; BURLE FILHO; BURLE, 2016, pp. 173-174).

Feitas tais exposições, apesar das particularidades de cada autor, pode-se depreender, de modo uníssono, que ato administrativo é um ato decorrente da volição do Estado ou de seus *longa manus* para realização de finalidade pública ou exercício de prerrogativa inerente à administração pública, que gera efeitos jurídicos aos administrados, submetidos ao regime jurídico de direito público.

Apesar de também não haver consenso entre os administrativistas nesse quesito, pode-se afirmar que tais atos podem ser destrinchados nos seguintes elementos essenciais consoante doutrina de Hely Lopes Meirelles (*op. cit.* p. 175): (a) competência, (b) finalidade, (c) motivo, (d) forma e (e) objeto.

a) A competência diz respeito ao poder atribuído ao agente público, decorrente e delimitado por lei em sentido estrito, para desempenho específico de suas funções (*op. cit.* p. 175).

b) A finalidade refere-se ao fim público determinado, de modo explícito ou implícito, pela lei em sentido estrito que o respalda, possuindo aspecto vinculado, não havendo nenhuma margem ao administrador para realizar o ato sem finalidade pública ou com fim diverso ao que a norma administrativa apregoa (*ibid.* p. 176).

c) A forma é o revestimento material do ato administrativo, pelo qual este é exteriorizado, sendo elemento de ordem vinculada, imprescindível ao aperfeiçoamento de sua existência ao plano dos efeitos jurídicos aos administrados (*ibid.* p. 176-177).

d) Motivo é o elemento causal concernente à situação fático-jurídica que determina, autoriza ou respalda a realização do ato administrativo, podendo ser expressamente preconizado por lei, no caso de atos administrativos vinculados, ou deixado ao crivo do administrador por meio de autorização legal (desde que atendidos finalidade e interesses públicos) no caso de atos administrativos discricionários (*ibid.* p. 177 e 192).

e) O objeto consiste no conteúdo do ato administrativo referente a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas de pessoas, coisas ou atividades sujeitas à atuação do Poder Público (*op. cit.* p. 178).

Importante frisar que a diferenciação entre atos administrativos vinculados e discricionários essencialmente consiste na liberdade de atuação que a lei confere aos agentes públicos quanto ao motivo e objeto na consecução destes, tendo em vista que os elementos competência, finalidade e forma *sempre serão vinculados*.

Quanto ao controle dos atos administrativos, para os fins do presente trabalho, delineamos dois quanto ao escopo: o controle de conveniência e o controle de legalidade.

A primeira forma de controle é de execução exclusiva do órgão administrativo que exarou o ato administrativo ou de órgão administrativo de cúpula ao qual aquele está vinculado e subordinando, consiste na *revogação* do ato administrativo puramente por motivo de conveniência da administração pública.

A segunda forma de controle corresponde à *anulação* do ato administrativo com fundamento em vício de legalidade ou juridicidade de ato administrativo, com mácula de pelo menos um de seus elementos essenciais, podendo ser realizada tanto pelo próprio órgão

administrativo que realizou o ato administrativo viciado ou por órgão superior do mesmo âmbito administrativo quanto por órgão pertencente ao Poder Judiciário.

O controle exercido pelo Poder Judiciário compõe o objeto do presente trabalho, sendo de suma importância tecer algumas considerações. O arcabouço doutrinário e jurisprudencial quanto a ele passou por evoluções até os dias de hoje. Atualmente não se fala apenas em controle de legalidade, mas também em controle de *juridicidade*, a qual abarca não só a utilização de leis em sentido estrito como parâmetros de avaliação da validade do ato como também os *princípios* constitucionais e infraconstitucionais, tendo em vista que os princípios na atual conjuntura do direito brasileiro não são apenas vetores interpretativos, *são também normas jurídicas* propriamente ditas.

Nesta esteira ensina, a ilustríssima magistrada Oriana Piske⁸:

Neste aspecto, há de se considerar que o controle de juridicidade dos atos administrativos se compõe de controle de legalidade e controle de juridicidade *stricto sensu*. O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos compreende o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle de juridicidade *stricto sensu*).

Ressalte-se que, atualmente, os parâmetros não positivos consistem em standards de conveniência e de oportunidade acerca da prática do ato administrativo. Os critérios de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, elevados a princípios constitucionais, no Direito brasileiro, antes componentes do mérito do ato administrativo, migraram para o domínio da juridicidade, ou legalidade em sentido amplo (PISKE, 2006).

Pontuemos agora sobre o mérito administrativo, intimamente relacionado aos atos discricionários, englobando os elementos motivo e objeto destes, sobre o qual Hely Lopes Meirelles leciona:

O mérito do ato administrativo, conquanto não se possa considerar requisito de sua formação, deve ser apreciado neste tópico, dadas as suas implicações com o motivo e o objeto do ato e, conseqüentemente, com as suas condições de validade e eficácia.

O conceito do mérito administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato.

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e a justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que o *“merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária”*.

Com efeito, nos *atos vinculados*, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato

8 PISKE, Oriana. **Controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada**. 2006. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2006/control-jurisdicional-da-atividade-administrativa-nao-vinculada-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 03 jun. 2024.

que condicionam o *processus* administrativo, *não há falar mérito*, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais. Em tais casos, a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a *Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder* (MEIRELLES; BURLE FILHO; BURLE, 2016, p. 179, grifos nossos).

Logo, inexoravelmente infere-se que o controle de juridicidade sempre se dará no âmbito dos elementos competência, finalidade e forma, para ambos os atos vinculados e discricionários. No que concerne ao motivo e objeto, no caso dos atos vinculados, também é certo o exercício de tal controle. Porém, ao se tratar de atos discricionários, onde estes dois últimos elementos vestidos de discricionariedade compõem o *mérito administrativo*, não há de se falar em intervenção do Poder Judiciário para realização de controle de legalidade, tão somente controle de juridicidade quanto a violação de princípios constitucionais como razoabilidade, proporcionalidade e moralidade e excesso ou desvio de poder (estas duas últimas situações dizem respeito a vícios de competência e finalidade respectivamente).

4. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE A INTERVENÇÃO JUDICIAL

Expostos os postulados do presente trabalho, passemos tecer nossas considerações jurídicas a respeito das decisões que se guinam pela improcedência da intervenção do Poder Judiciário para anulação de atos administrativos.

Retomemos a já mencionada lição de Fredie Didier Jr.:

Quando a Constituição refere à impossibilidade de exclusão de lesão ou ameaça de lesão da apreciação jurisdicional quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) *não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato*. O direito de ação é o direito à decisão judicial *tout court* (DIDIER JR, 2019, pp. 216-217, grifo nosso).

Como se pode observar, o ilustre processualista aduz que o princípio da inafastabilidade da jurisdição (bem como o princípio do Acesso à Justiça) não está adstrito a uma concessão positiva do julgador da tutela pleiteada.

O referido princípio é efetivado não pela concessão da tutela, mas sim pela apreciação de seu respectivo mérito pelo juízo competente. Entendimento contrário daria ensejo a situações teratológicas onde o magistrado vir-se-ia obrigado a conceder procedência a pedidos juridicamente impossíveis e totalmente irrazoáveis.

É este o entendimento a que nos filiamos e que também, sem surpresa alguma, é corroborado pacificamente pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se pode observar nos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MILITAR. DETERMINAÇÃO DE PRISÃO PARA AVE-RIGUAÇÃO DE CONDUITA SUSPEITA. EXÍGUA FRAÇÃO DE TEMPO. ABUSO DE AUTORI-DADE. PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, EM FACE DA PARCA OFENSIVIDADE DA INFRAÇÃO, RECONHECIDA PELA CORTE DE ORI-GEN. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. *A intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos cinge-se à defesa dos parâmetros da legalidade, permitindo-se a reavaliação do mérito administrativo tão somente nas hipóteses de comprovada violação dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de invasão à competência reservada ao Poder Executivo.* 2. No caso dos autos, consta do acórdão proferido pela Corte de origem, que a proporcionalidade e razoabilidade, efetivamente, foram violadas com a decisão emanada pelo Ministério da Justiça, sendo perfeitamente possível ao Judiciário verificas sua extensão e mesmo sua adequação. Assim, não merece reparos o referido entendimento. 3. Agravo Regimental da União a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 373721 PE 2013/0233640-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 13/03/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2018, grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.271.057 - PR (2011/0188047-0) RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO RECORRENTE: UNIVERSAL COMERCIAL LTDA ADVOGADO: JOSÉ ALEXANDRE SARAIVA E OUTRO (S) - PR011901 RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL PROCURADOR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000 DECISÃO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. IMPORTAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO DA MERCADORIA. RECONHECIMENTO DA DESPROPORCIONALIDADE PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. SUBSTITUIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA PENALIDADE IMPOSTA PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por UNIVERSAL COMERCIAL LTDA. contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, assim ementado: TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO DA FATURA COMERCIAL ORIGINAL. PERDIMENTO DA MERCADORIA. DESPROPORCIONALIDADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. O Art. 628, V, a do Regulamento Aduaneiro prevê a pena de multa no valor de dez por cento do imposto de importação para a hipótese de inexistência da fatura comercial. 2. A aplicação da penalidade de perdimento da mercadoria, por ser medida de extrema gravidade, somente se faz razoável nos casos em que presente o elemento danoso ao erário (fls. 673). 2. Os Embargos de Declaração opostos foram parcialmente providos, apenas para fins de prequestionamento (fls. 683/687). 3. Em seu Apelo Nobre, fundado no art. 105, III, a da Constituição Federal, a recorrente aponta ofensa ao art. 628, V do Regulamento Aduaneiro (Decreto 4.543/2002) e art. 517 do Regulamento Aduaneiro de 1985 (Decreto 91.030/85). 4. Sustenta que, tanto a sentença quanto o acórdão recorrido, ao ressaltarem a aplicação de multa, acabaram por proferir decisão sobre pedido diverso daquele postulado na peça exordial e na emenda à inicial, proferindo julgamento extra petita (f.s. 697). 5. Reiterando as postulações feitas na origem, onde aduziu que a multa fixada na sentença não está elencada na fundamentação do Auto de Infração, e que por essa razão não poderia ter sido objeto de dispositivo sentencial,

porquanto o Poder Judiciário estaria exercendo poderes privativos da administração, pugna, na via excepcional pela exclusão da autorização de aplicação de multa prevista no art. 628, V, alínea do Regulamento Aduaneiro de 2002, assinalando, nesse intuito, que não houve dano ao erário, não há culpa do contribuinte, e este agiu de boa-fé (fls.701) . 6. Ressalta que: A atuação do Poder Judiciário no controle de processo administrativo circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe defeso fazer as vezes da Administração para ingressar no mérito do ato administrativo, motivo pelo qual o acórdão proferido pela 1a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, no pertinente à ressalva para possibilitar que a autoridade administrativa aplique a pena de multa prevista no art. 628, V, do Regulamento Aduaneiro de 2002, e efetue o lançamento complementar dos tributos devidos em razão da diferença de preços apurada, merece ser reformado (fls. 699). 7. Apresentadas as contrarrazões (fls. 706/709), o recurso foi admitido na origem (fls. 710). 8. É o relatório. Decido. 9. Assiste razão à parte recorrente. 10. *Consoante entendimento consolidado nesta Corte Superior, a intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos cinge-se à defesa dos parâmetros da legalidade, permitindo-se a reavaliação do mérito administrativo tão somente nas hipóteses de comprovada violação aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de invasão à competência reservada ao Poder Executivo.* 11. Na hipótese dos autos, declarada a nulidade do auto de infração pela ilegalidade da apreensão e decretação de perdimento de mercadorias, por malferimento à proporcionalidade, *é defeso ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, para o fim de substituir aquelas penalidades contidas no Auto de Infração, lavrado pela Autoridade Alfandegária, por multa prevista na legislação aduaneira, sob pena de o provimento jurisdicional substituir o próprio Administrador Público, a quem compete a aplicação e mensuração da sanção administrativa.* (STJ - REsp: 1271057 PR 2011/0188047-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: DJ 02/02/2017)

5. CONCLUSÃO

No que concerne ao questionamento central apresentado introdutoriamente no presente estudo, através dos pressupostos analíticos gerais e específicos demonstrados quanto à intervenção ou não do Poder Judiciário quanto ao mérito dos atos administrativos, passemos à solução e resposta.

O julgador ao prolatar decisão pela improcedência da ação por inexistência de vício de juridicidade incorre em violação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição?

Indubitavelmente, não há de se falar em tal violação, cometendo, os causídicos que a arguem, clara atecnia jurídica.

Tanto aos atos vinculados como aos atos discricionários, o Poder Judiciário apenas operará anulação em caso de vício de juridicidade sob pena de violação da separação e atuação harmônica entre os poderes de nosso Estado Democrático de Direito, dentre outros princípios de colossal importância à sociedade.

O Acesso à Justiça na acepção estrita do princípio da inafastabilidade da jurisdição é plenamente efetivado com a apreciação do mérito dos pleitos das ações anulatórias dos ad-

ministrados, independentemente se resulta-se em uma decisão de procedência ou de improcedência.

Frise-se, em caso de decisão de mérito que se direciona pela não intervenção, quando não verificada mácula de legalidade ou juridicidade, não existe direito subjetivo de revisão ou anulação de ato administrativo, portanto, não há de se falar em lesão ou ameaça de coisa alguma a serem apreciadas pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2024.

BRASIL. STJ. **REsp: 1271057 PR 2011/0188047-0**. Recorrente: Universal Comercial Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJe 02/02/2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/450062465>>. Acesso em: 02 jun. 2024.

BRASIL. STJ. **AgRg no AREsp: 373721 PE 2013/0233640-0**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 13/03/2018. Data de Publicação: DJe 02/04/2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860105274>>. Acesso em: 02 jun. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. v.1

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DE OLIVEIRA, Marcos Martins. **As sete ondas renovatórias de acesso à Justiça e a Defensoria Pública**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-08/marcos-oliveira-sete-ondas-renovatorias-acesso-justica/#_ftn5>. Acesso em: 03 jun. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLHE FILHO, José Emanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

PISKE, Oriana. **Controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada**. 2006. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2006/control-e-jurisdicional-da-atividade-administrativa-nao-vinculada-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 03 jun. 2024.

REICHELT, Luis. **O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC** In: ALVIM, Teresa; DIDIER JR, Fredie. **Doutrinas essenciais - Novo processo Civil - Teoria Geral do Processo I**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/doutrinas-essenciais-novo-processo-civil-teoria-geral-do-processo-i/1196959225>. Acesso em: 02 jun. 2024.

Justiça restaurativa e advocacia pública sustentável

Ivânia Lúcia Silva Costa¹

RESUMO

A partir de sínteses dos temas justiça restaurativa e sustentabilidade, são suscitados questionamentos acerca do modo como a advocacia pública vem sendo exercida - se está atualizada com os objetivos do desenvolvimento sustentável, para, então, propor seja revisada sua atuação a partir da aplicação dos princípios da justiça restaurativa visando torná-la sustentável.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Sustentabilidade. Advocacia pública.

1. INTRODUÇÃO

Nas considerações finais desta pesquisa será proposta uma reflexão e para tanto requer-se do leitor um tempo dos seus pensamentos. Subitamente, só logramos reação, nunca reflexão. Também requer uma leitura ativa, crítica e ao mesmo tempo humilde, para que não se descarte prontamente uma ideia sem questionar a própria motivação da rejeição, o que pode resultar na perda de uma oportunidade de um desejável câmbio de mentalidade com potencial para desapegar-se e descrystalizar-se de crenças tidas como imutáveis, que têm se mostrado ineficazes no propósito de melhorar as condições em que vivemos neste planeta e que fazem parte de uma cultura de violência da qual somos cúmplices porque aceitamos e praticamos o exercício do poder sobre o outro e não com ele (PENIDO, [201-]).

São tratados três temas com conceitos demasiados densos (justiça restaurativa, sustentabilidade e advocacia pública sustentável) e não se tem por finalidade esgotá-los, mas sim apresentar sínteses deles que sejam suficientes para suscitar questionamentos acerca do modo como a advocacia pública vem sendo exercida - se tem guardado coerência com as preocupações sócioambientais globais, se está atualizada com as discussões interdisciplinares que tem a pretensão de trocar as lentes² da humanidade para alcançar os objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU, para, então, propor seja revisada a atuação da advocacia pública a partir da aplicação dos princípios da justiça restaurativa visando que esse órgão constitucional contribua para a realização prática do desenvolvimento sustentável.

1 Procuradora do Estado do Amazonas, Mestranda em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela UFAM; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá; E-mail: ivania.l.s.costa@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2309279514091008>.

2 Uma referência à obra *Trocando as Lentes* de Howard Zer.

No primeiro capítulo, o objetivo é conceituar justiça restaurativa e contextualizá-la a nível global e principalmente nacional, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, a fim de explicá-la como movimento com a grande ambição de transmutar o que se entende por Justiça.

Para tanto e inevitavelmente será delineado outro movimento que está intimamente relacionado com a justiça restaurativa, qual seja o movimento da cultura de paz, que, por sua vez oferece uma perspectiva positiva acerca dos conflitos, advogando que nenhuma espécie de violência é opção de resolução e entregando um repertório de práticas alternativas, bem como princípios norteadores para criação de outras.

No segundo capítulo, conceitua-se sustentabilidade e advocacia pública sustentável, aponta-se evidências de insustentabilidade do modelo atual e, por fim, são feitas questões e proposições para o exercício da advocacia pública de forma sustentável com a aplicação dos preceitos restaurativos.

A nossa visão daquilo que entendemos como Justiça e o modo de implementá-la não está imune ao condicionamento imposto pelas crenças que recebemos da cultura na qual estamos insertos. A ciência que nos é contemporânea tem afirmado que criamos nossa realidade e ao mesmo tempo somos influenciados por ela e nossas ações serão pautadas no que acreditamos, vale dizer, *se entendemos que “é de pequenininho que se torce o pepino”; ou “que pau que nasce torto morre torto”, nos comportaremos em conformidade com estas crenças* (PENIDO, [201-], p. 1).

Portanto, se encontrarmos razões que façam sentido, podemos mudar inicialmente os pontos de vista e posteriormente a realidade circundante, regional, nacional e planetária. A Justiça restaurativa oferece essas razões, que podem ser consumidas individual, coletiva e institucionalmente, inclusive no atuar da advocacia pública.

2. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Muitas vezes reduzida ao âmbito da resolução de conflitos penais, a justiça restaurativa evoluiu conceitual e principiologicamente para torna-se um conjunto coerente de ideias fundamentais a serem difundidas e com potencial para alicerçar todas as relações sociais, inclusive as institucionais.

Foi nesse sentido que o Conselho Nacional de Justiça a conceituou ao editar a Resolução CNJ nº 225/2016, com base em práticas que já estavam sendo desenvolvidas no Brasil, cuja antecedência milita a favor de uma origem social.³

A Justiça Restaurativa se traduz no conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato são solucionados de modo estruturado (art. 1º da Resolução CNJ nº 225/2016).

3 No Brasil, a justiça restaurativa iniciou-se por meio de ações oriundas de magistrados e magistradas, mas buscando a articulação com os demais setores da sociedade, como instituições públicas e privadas, e a sociedade civil organizada, concretizando-se dentro e fora de ambiências forenses, buscando ações não só nos Fóruns, mas na comunidade, na sociedade civil organizada e em parceria com outras instituições, sobremaneira com a Educação. De baixo para cima como bem ressaltaram os magistrados Egberto Penido e Leoberto Brancher (2019), militantes do movimento restaurativo no Brasil, no Simpósio Nacional de Justiça Restaurativa do Canadá, de 2019.

Não se olvida, conforme assevera o Egberto Penido [201-]), coordenador do Centro de Estudos de Justiça Restaurativa da Escola Paulista de Magistratura, que foi o desejo de desconstrução do *modus operandi* punitivo no trato dos conflitos penais e da violência que inicialmente motivou a sistematização do ideal restaurativo, cujo primeiro ensinamento é a superação da cultura de guerra, medo e retaliação, segunda a qual existem pessoas boas e más e estas devem ser punidas, que a violência é inevitável, pois é inerente ao ser humano, que a ordem depende de castigo e punição – crenças transgeracionais, exteriorizadas nos últimos séculos no seio de toda comunidade, assentadas no senso comum, incrustadas na cultura prevalecente.

A partir da grande insatisfação com o sistema punitivo que se utiliza legalmente de meios violentos para responder à violência, e da pesquisa de outras formas de harmonização dos conflitos, foram surgindo um conjunto de ações, inspiradas em tradições antigas (ZEHR, 2020) e em práticas de composição social existentes em outras sociedades⁴ e fundamentadas em estudos da criminologia crítica, que foram sendo contornadas e sistematizadas para que a resposta ao comportamento socialmente reprovável passasse a se guiar pela corresponsabilidade ativa, considerando os valores e necessidades de cada comunidade e materializando o valor justiça de forma consensual. A esse movimento denominou-se Justiça Restaurativa⁵ (PENIDO, [201-]).

No modelo atual de Justiça, quando um fato social reprovável acontece, a definição da culpa e do culpado é a primeira e mais importante preocupação social. O foco passa a ser o passado, não o futuro. Por se basear na culpa, no sistema prevalecente quase que invariavelmente, imputa-se a responsabilidade exclusivamente no outro ou em algo externo, não se atentando para as necessidades que precisam ser cuidadas de outra forma que não seja através do castigo, da ameaça, do constrangimento e da vergonha (PENIDO, [201-]).

Na concepção restaurativa de justiça, uma firme reprovação dos comportamentos danosos é importante, mas de maior valia são os esforços para se reintegrar os sujeitos em conflito com a lei, à família e à comunidade, através de abordagens que evitem a estigmatização do ofensor, desvinculando-o de trajetórias delitivas de modo a distinguir suas personalidades das condutas lesivas por eles praticadas (MEDEIROS; SILVA NETO, 2019).

Após a ocorrência de um fato indesejado em determinada sociedade, o modelo restaurativo tem as seguintes preocupações centrais: com a inafastável participação dos envolvidos, perquirir as razões mais profundas que levaram ao ocorrido com o propósito de identificar e satisfazer as necessidades de todos os envolvidos; reparação do dano e recomposição do tecido social rompido pela infração e suas implicações para o futuro; a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o evento danoso (art. 1º, III, da Resolução CNJ nº 225/2016).

4 No Brasil, as práticas restaurativas também são ancestrais e inspiradas na cultura indígena originária, como são exemplos as práticas culturais dos Tupi-Guarani, Kamayurá e outros povos (PENIDO E BRANCHER, 2019).

5 As práticas restaurativas não são novidades para a humanidade, são bastante antigas e fizeram parte das tradições de muitos povos no oriente e no ocidente. Em verdade, na maior parte da história, predominaram os procedimentos de justiça comunitária que inspiram a justiça restaurativa na atualidade. Ocorre que aquelas tradições foram suplantadas pelo modelo dominante de Justiça Criminal que conhecemos e reconhecemos como legítimo hoje em praticamente todos os Estados modernos, tornando-se integrante da cultura contemporânea, o que dificulta sobremaneira a alteração de seu paradigma (ZEHR, 2020). Curiosamente, Segundo Zehr, essa transformação ocorreu há poucos séculos. Embora, o longo período da história da civilização na qual prevaleceram técnicas não-judiciais de resolução de conflitos seja recordado pelas ciências jurídicas como uma fase de práticas de vingança pessoal e imposição de medidas violentas e arbitrárias, essas conclusões desconsideram a concomitância de outras práticas fundamentadas na não violência, sendo esses os costumes antigos objeto de estudo e de inspiração do movimento restaurativo (ZEHR, 2020).

A Resolução CNJ nº 225/2016 direciona-se à mudança de paradigmas nas três dimensões da convivência: relacional, institucional e social e também se verifica um esforço regulador do CNJ para fomentar a implementação de fluxos e procedimentos que cuidem dessas dimensões.

No que se refere à dimensão relacional, são acolhidos e ouvidos vítimas, ofensor e os integrantes da comunidade – direta e indiretamente afetados pela ofensa. O vínculo não se faz mais entre o Estado e o ofensor, com foco na fixação da culpa para que possa ocorrer a punição, mas sim no reestabelecimento das relações rompidas. Assim, após cumpridas etapas preparatórias organizadas pelo facilitador restaurativo, devidamente formado – nos termos dos arts. 13 e seguintes da Resolução, promove-se a ambiência restaurativa com o encontro voluntário do causador do dano, seus apoios, a comunidade em geral e a vítima, por meio de práticas restaurativas dialógicas, investigando sentimentos, necessidades, as causas que geram a situação e como lidar com as consequências delas, inclusive como evitar nova recidiva, sem nunca perder de vista a corresponsabilidade. E, ao final, é elaborado um plano de ação (PENIDO, [201-]).

Importante, neste momento, enfatizar que, nos termos do § 2º do art. 1º da resolução em estudo, a aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

Quanto à dimensão institucional, preconiza que não é suficiente a instituição aplicar os princípios restaurativos na atividade-fim, deve também fazê-lo na atividade-meio. As pessoas que compõem determinada instituição são convidadas a repensar a estrutura organizacional e como se dá o convívio dentro dessa própria instituição para que seus atos não reproduzam violência em qualquer das formas que contradizem a cultura de paz (SALMASO, 2016). Essa transformação inerente à dimensão institucional requer formações que conscientizem e preparem as pessoas, o que foi enunciado nos incisos III e VI da Resolução CNJ nº 225/2016.

Para promover a dimensão social e recompor o tecido social rompido pela infração, a Justiça Restaurativa chama para que assumam responsabilidades, tanto a sociedade, quanto os Poderes Públicos, que deverão pensar e buscar soluções, o que é absolutamente justo e necessário, pois vivemos em uma sociedade injusta e violenta para com todos. Nesse sentido, bem registra Salmaso (2016) que no momento em que uma pessoa tem um comportamento reprovável, esse alguém deve responder pelas suas escolhas, mas, por outro lado, deve ser reconhecido que essa pessoa não fez isso sozinha, na medida em que existiram falhas e omissões sociais ao longo da história de vida dela que contribuíram para a prática da conduta indesejada.

Faz-se necessária uma visão interdisciplinar e sistêmica dos aspectos diversos que culminam nas situações de violência, e para tanto outras instituições públicas e privadas devem ser envolvidas, para além do Poder Judiciário (PENIDO, [201-]).

Acompanha esse raciocínio o art. 3º, incisos II, IV e V da Resolução CNJ nº 225/2016 ao estabelecer que o Conselho Nacional de Justiça organizará programa com o objetivo de promover ações de incentivo à Justiça Restaurativa, pautando-se pelo: caráter sistêmico, buscando estratégias que promovam, no atendimento dos casos, a integração das políticas públicas relacionadas a sua causa ou solução; caráter interdisciplinar, proporcionando es-

estratégias capazes de agregar ao tratamento dos conflitos o conhecimento das diversas áreas científicas afins, dedicadas ao estudo dos fenômenos relacionados à aplicação da Justiça Restaurativa; caráter intersetorial, buscando estratégias de aplicação da Justiça Restaurativa em colaboração com as demais políticas públicas, notadamente segurança, assistência, educação e saúde.

Inobstante, percebe-se concomitância de todas as dimensões, nota-se que a social e a institucional são mais afetadas à metodologia denominada Polos Irradiadores que visa à implementação de políticas públicas de Justiça Restaurativa. Esses polos são espaços criados e qualificados (formação restaurativa), concomitantes aos ambientes forenses, com fluxos e procedimentos interinstitucionais, envolvendo instituições diversas, a sociedade e a própria comunidade (SALMASO, 2016). Os polos irradiadores tem sido um dos caminhos eficazes para expandir a Justiça Restaurativa, que pretende dar conta de uma transformação cultural.

O movimento da justiça restaurativa é direcionado à ampliação do acesso à Justiça e antiexpansionista do sistema de judicialização dos conflitos, pois a solução destes, como partes integrantes do processo de socialização, inerentes à vida social, pode ser ditada pelos próprios envolvidos, em condição de igualdade.⁶

Acerca desse aspecto, Penido ([201-]) informa que se discute se a Justiça Restaurativa deve estar apenas na ambiência do Poder Judiciário ou se ela está também nas demais instituições e na comunidade, havendo quem defenda que ela deve estar apenas na ambiência forense (nos demais lugares haveria práticas restaurativas), sob pena de não ser respeitado o Estado Democrático de Direito (o devido processo legal), com suas garantias processuais tão arduamente conquistadas; e há os que entendem que a Justiça Restaurativa nasceu nas comunidades e ao serem inseridas nas instituições que se prestam ao controle social são manipuladas para manterem as relações de poder e dominação.

O entendimento segundo o qual deve dar-se tanto no sistema de justiça como na comunidade está condizente com a normatização da Resolução CNJ nº 225/2016, segundo a qual, conforme seu art. 1º, § 2º, a aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações serem consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual, conforme já comentado acima.

A Resolução CNJ nº 225/2016 tem claramente o intuito de promover a materialização do valor Justiça por meio de uma diversidade de ações e contextos, que extrapolam as ambiência dos fóruns, expressamente fomentando que a sociedade e organismos públicos e privados adotem seus princípios.

Além desse paradigma inerente ao valor justiça, são princípios da justiça restaurativa (art. 2º da Resolução): a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

Para que os valiosos princípios estruturantes da justiça restaurativa não tenham sua aplicação restringida à resolução de conflitos penais, deve-se atrelá-la à “Cultura de Paz”. Se-

6 Sobre as condições de igualdade necessárias ao estabelecimento do diálogo entre cidadãos, recomenda-se fortemente a leitura da obra *“El derecho como una conversación entre iguales: qué haber para que las democracias contemporáneas se abran – por fin – al diálogo ciudadano”* do professor Roberto Gargarella.

gundo Penido ([201-]), não há como pensar a paz sem justiça, somente dessa forma sedimentar-se-á um caminho seguro e efetivo para que a potência transformadora da Justiça Restaurativa não se esvaia ou seja desvirtuada.

2.1 Cultura de paz, conflitos e violências

A Justiça restaurativa se apoia no movimento da cultura de paz, que por sua vez oferece uma perspectiva positiva acerca dos conflitos, para os quais nenhuma espécie de violência é opção de resolução.

Para Diskin (2009), cultura se correlaciona com aquilo que cultivamos e cuidamos em nós mesmos e no mundo em termos físico, emocionais, mentais e espirituais e para entender o movimento denominado cultura de paz é necessário o abandono do senso comum de que paz é a simples ausência de guerra e para tanto basta rememorar que ditaduras e regimes totalitários se assentam a partir da eliminação de qualquer tipo de conflito.

Igualmente, ensina a autora, requer a desvinculação da paz com a ideia de passividade, pois nada tem a ver com ausência ou redução da vontade de agir e reagir, com incapacidade para autodeterminar-se ou para expor convicções, com inassertividade, com apatia ou com resignação em face da violação de direitos.

A sistematização dos estudos sobre a paz teve início na metade do século passado, com a criação do Institut Français de Polémologie, o Laboratório de Pesquisa da Paz de Theodore Lenz, em Saint Louis, com a difusão do Journal of Conflict Resolution na Universidade de Michigan, em 1959. E persistem na Universidad para La Paz, estabelecida em 1980 na Costa Rica, pela ONU, com o intuito de oferecer programas de educação superior e laboratórios de pesquisa para compartilhar conhecimentos que promovam a paz (DISKIN, 2009).

A declaração resultado da conferência Internacional sobre a Paz na Mente dos Homens, convocada pela UNESCO, em Yamoussoukro, Costa do Marfim, em julho de 1989 foi um marco na mudança conceitual da Paz e nas suas implicações na formulação das agendas e prioridades dos governos.

Portanto, a cultura de paz é um movimento social que ao longo dos últimos anos tem logrado adquirir definições que lhe dão o contorno viabilizador da criação de um repertório de práticas tendentes a de fato criar hábitos formadores de uma cultura contraposta à violência.

Dada a intencionalidade de aculturar, em 2000, a UNESCO lançou a campanha da Década Cultura de Paz e Não Violência para as Crianças do Mundo, na qual é proposto um acervo de valores, atitudes e comportamentos saudáveis que devem reger todas as relações – interpessoal, familiar, profissional, social e planetária (DISKIN, 2009).

Referida campanha enumerou as seguintes práticas que exteriorizam a cultura de paz: respeitar a vida e a dignidade de cada ser humano sem discriminação, nem preconceito; rejeitar todas as formas de violência praticando a não violência ativa; ser generoso contribuindo com tempo e recursos materiais para pôr fim à exclusão, à injustiça e à opressão política e econômica; ouvir para compreender, aceitando as diferenças e mantendo-se aberto ao diálogo; preservar o planeta, consumindo de modo responsável e sustentável; redescobrir a solidariedade contribuindo para o desenvolvimento da comunidade na qual está inserido.

A cultura de paz valida os conflitos a partir de uma perspectiva positiva acerca deles na qual: são considerados como oportunidades de diálogo, de identificação de necessidades não atendidas e desenvolvimento; não se confundem com violência; são *inerentes à experiência relacional humana fundada em bases democráticas* (DISKIN, 2009, p. 19); devem ser analisados de forma holística, contextualizada, intersetorial, para identificar todas as violências que os fomentam, de modo a extirpá-las.

Galtung (2003) pondera que os conflitos estão mais suscetíveis à ocorrência de comportamentos negativos e destrutivos em contextos sociais já permeados por violências justificadas por padrões culturais, pelo não atendimento de necessidades humanas básicas, em estruturas sociais marcadas por desigualdades e injustiças históricas, nas quais são comuns as violações a direitos humanos.

Na mesma obra, acerca do pensamento Gandhiano, Galtung escreve que o líder indiano negava que os conflitos devessem necessariamente conduzir a atitudes destrutivas, que, pelo contrário, o processo conflituoso deveria ser positivo para a relação entre as partes. Isso porque a partir dos conflitos são adquiridos aprendizados que nos capacitam a desenvolver soluções criativas capazes de enriquecer e fortalecer a todos os envolvidos e transformar os fatores implícitos que contribuem para a ocorrência de atos danosos, sendo rechaçada a administração tradicional de litígios que separa e classifica as pessoas que se encontram em conflito com a lei como inimigos sociais.

Essa perspectiva positiva acerca do conflito ficou registrada no documento elaborado a partir do Primeiro Fórum Internacional sobre a Cultura de Paz, também convocado pela UNESCO, em El Salvador, em 1994, na medida em que enuncia que o objetivo de uma cultura de paz é assegurar que os conflitos inerentes ao relacionamento humano sejam resolvidos de forma não violenta e que as pessoas devem encarar os conflitos como aprendizado e oportunidade de criação de novas técnicas para o gerenciamento e resolução pacífica (DISKIN, 2009).

Portanto, a cultura de paz não tem a pretensão de excluir o conflito, na medida que ele é imprescindível para legitimar a pluralidade de ideias e a diversidade cultural necessárias para que novas questões e respostas originais sejam apresentadas e aperfeiçoem a democracia. O que a cultura de paz tem a pretensão de eliminar é violência. Logo, o cerne da questão está no modo como os conflitos são regulados e resolvidos de maneira construtiva e não violenta.

Feitas essas considerações acerca da inerência do conflito às relações humanas democráticas e da oportunidade de desenvolvimento do diálogo com criatividade para chegar a um denominador comum, faz-se necessário adentrar a seara da violência.

Em 1986, em Sevilha, na Espanha, a UNESCO promoveu um encontro entre cientistas sociais, psicólogos, biólogos, etologistas, neurofisiologistas e geneticistas para discutir as causas da violência e os pressupostos científicos que a naturalizam.

Resumidamente, consta da Declaração de Sevilha conclusões no sentido de que é cientificamente incorreto afirmar que: o ser humano herdou uma tendência a fazer guerra de nossos ancestrais animais; a guerra, ou qualquer outro comportamento violento, é geneticamente programado na natureza humana; no curso da evolução humana houve uma seleção de comportamentos agressivos mais do que outros tipos de comportamento; humanos tem um “cérebro violento”; a guerra é causada por instintos ou por qualquer motivação isolada.

Dado o prestígio do saber científico na nossa cultura, as conclusões tiveram grande repercussão e posteriormente balizaram a Conferência Internacional sobre a Paz na Mente dos Homens (DISKIN, 2009).

Essas conclusões vão ao encontro do entendimento segundo o qual todas as emoções constituem o ser humano, inclusive aquelas que o incomodam – raiva, inveja, ciúmes, tristeza - porém a ação tomada quando essas emoções afloram depende da cultura⁷, dos modelos presenciados, dos ensinamentos recebidos, das práticas observadas e posteriormente reproduzidas durante toda uma vida, principalmente na infância. Em suma, a emoção não deve ser confundida com a ação que a sucede, aquela é inevitável e interna, esta é culturalmente moldável (GOLEMAN, 2012).

Para realização do projeto restaurativo baseado na cultura de paz é necessário descortinar as violências. Nessa tarefa, Galtung (2003) oferece valiosa contribuição ao categorizar as seguintes violências. A direta, na qual se insere a física e a psicológica, de fácil percepção. A estrutural, que compreende a naturalização do sofrimento decorrente das desigualdades socioeconômicas e da falta de acesso a serviços básicos, como saúde e educação, a alimentos, a habitação. E a cultural, que compreende sutis comportamentos baseados em preconceitos de gênero, de cor, classe, de religião, causadores de discriminações negativas e exclusão, resumidos simbolicamente em pensamentos de superioridade que norteiam ações de menosprezo, de controle, de subjugação e de segregação.

Diskin observa que os projetos voltadas a implementação da cultura de paz promovem grandes esforços para evidenciar que as violências são *culturalmente perpetuadas e legitimadas pela incapacidade de percebê-las, seja pela omissão ou pela aceitação de condições aviltantes como sendo inerente à natureza humana* (2009, p. 22).

E exemplifica a autora como violência estrutural a normalização da demora no atendimento de demanda médica em uma unidade de atendimento médico pública. Sobre as violências estruturais, Galtung (2003) nos lembra que, no seu modelo de luta, o *satyagraha*, Gandhi asseverava ser o primeiro princípio da ação não violenta a não cooperação com tudo que é humilhante. Todas as injustiças impostas a uma comunidade ou nação são perpetradas por alguns, mas sustentadas por todos, inclusive pelos próprios oprimidos.

A não cooperação com a violência é um dever que realizar-se-á unicamente por meios não violentos, o que se traduz em um compromisso inarredável que irá restaurar tanto a dignidade do agressor, quanto da vítima. Por essas balizas, o foco da reparação não é o agressor, mas sim a agressão, o que representa um verdadeiro princípio para a justiça restaurativa.

Considerando que o principal objetivo é o assentamento de relações mais justas e solidárias, mais coerente é concentrar o poder reparador da ação na própria situação que gerou e sustenta o conflito. Revoltar-se contra o ofensor por meio de ações tendentes à inversão de papéis entre opressor e oprimido trabalham a favor da preservação do círculo vicioso que retroalimenta a tirania, corrompe e brutaliza as partes (GALTUNG, 2003).

Sobre o potencial de eficácia dos ideais da cultura de paz, Diskin (2009) observa que eles já foram experimentados, pois são resultado da experiência de líderes revolucionários

7 A título de exemplo, a raiva é de vital importância para reagir a injustiças, ameaças de dominação, acionar mecanismos de defesa, e em contrapartida, a violência representa o abuso e a violação dos direitos de alguém. (GOLEMAN, 2012).

pacifistas do século XIX e XX, notadamente de Mahatma Gandhi, Martin Luther King Jr., Desmond Tutu, Nelson Mandela, o Dalai Lama, Vaclav Havel e outros.

Quanto à prática de resolução de conflitos sem violência, a justiça restaurativa praticada no Brasil aplica diversas metodologias e ambiências institucionais para sua realização, mas preponderam os projetos baseados nas metodologias dos círculos restaurativos (PENIDO, 2019), inspirados na comunicação não violenta de Marshall Rosenberg.

Sucintamente, Rosenberg (2021) ensina que a comunicação não violenta tem quatro componentes: as ações concretas que observamos e afetam nosso bem-estar (observação); como nos sentimos em relação ao que observamos (sentimentos); as necessidades, os valores, os desejos que geram nossos sentimentos (necessidades); e as ações concretas que pedimos para nos enriquecer a vida (pedidos).

Nos círculos restaurativos baseados na teoria da comunicação não violenta são expostos sentimentos, necessidades e pontos de vista com a garantia do respeito mútuo, pois todos terão igual oportunidade para manifestar suas perspectivas, emoções e aquilo de que precisam e gostariam de pedir para atender suas necessidades (PRANIS, 2022).

Para além da resolução de conflito, que se traduz em uma solução a curto prazo em uma demanda específica, avançando para a via da transformação deles, de caráter mais profundo, a ser implementada a longo prazo, o prof. John Paul Lederach (2022) assevera que o conflito impacta as situações e modifica as coisas de variadas maneiras e tais mudanças podem ser analisadas sob os aspectos pessoal, estrutural, relacional e cultural e como estratégia de intervenção, a transformação deve alcançar todas essas nuances, promovendo processos construtivos com os seguintes objetivos.

Objetivos pessoais, que maximizam o desenvolvimento e bem-estar individual nos níveis físico, emocional, intelectual e espiritual e atenuam os efeitos destrutivos do conflito social. Os objetivos estruturais que cuidam da compreensão e tratamento das causas subjacentes e condições sociais que dão origem à expressão violenta ou nociva do conflito, mediante a promoção de mecanismos não violentos que reduzam o confronto entre antagonistas e diminuam a violência, por fim eliminando-a. As ações atinentes a esse objetivo estimulam o desenvolvimento de estruturas que atendam às necessidades humanas básicas - justiça substantiva - e maximizem a participação popular em decisões que afetam suas vidas - justiça procedimental (LEDERACH, 2022).

Os objetivos relacionais tratam da minimização da comunicação disfuncional e maximização do entendimento através do conhecimento e tratamento dos medos e esperanças em relação às emoções e à interdependência no relacionamento. E, por fim, os objetivos culturais que se ocupam da identificação e compreensão dos padrões culturais que alicerçam e mantêm as expressões violentas do conflito e da criação de repertório de reações construtivas para solucioná-lo (LEDERACH, 2022).

A justiça restaurativa está entre os movimentos de reação à cultura da violência. As ideias e práticas sustentadas por esse movimento não se restringem ao estudo de alternativas contrárias às formas tradicionais de administração de conflito, também anseiam a implementação de objetivos mais amplos, tais quais os acima referenciados, sistematizados pelo prof. John Paul.

3. SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade, conforme conceito de Desenvolvimento Sustentável apresentado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1987⁸, qualifica o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações de suprir suas próprias necessidades.

Partindo desse paradigma de que a sustentabilidade qualifica um modo específico de desenvolvimento, denominado sustentável, está implícita a conexidade entre os conceitos jurídicos de ambos.

Na perspectiva tradicional de desenvolvimento, a dimensão econômica pretere as dimensões sociais e ambientais. Enquanto, que no desenvolvimento sustentável, essas três dimensões são interdependentes. Essa interdependência característica do desenvolvimento sustentável está bem expressa na Constituição Brasileira, na medida em que, segundo seus ditames, para que haja efetividade do princípio do desenvolvimento, é essencial a sua realização prática e conjunta em todos os campos erigidos pelo constituinte como fundamentais, não apenas no econômico, mas também no social, no ambiental, no político, no cultural (SOUZA, 2013).

A Constituição dá um conteúdo interdisciplinar ao princípio do desenvolvimento, o que, levado em consideração na sua interpretação e aplicação, confere ao desenvolvimento nela preconizado e objetivado a qualidade de sustentável.

Portanto, alçado a princípio de natureza constitucional (arts. 1º, 3º, c/c art. 5º, §2º c/c art. 170, VI e VII c/c art. 225), a sustentabilidade tem a normatividade inerente a esse *status*, dispondo de imediata eficácia conformadora, interpretativa e negativa (SOUZA, 2013).

Isso porque, em princípio, a sustentabilidade vincula todo o ordenamento infraconstitucional, alcança a todos os núcleos orgânicos de Poder da República, notadamente em relação à formulação e implementação das políticas públicas e privadas, com imposições imediatas de obrigações ao Estado e aos particulares, devendo a sua aplicabilidade ser exigida desde logo, em todo o atuar da Administração Pública; orienta a interpretação das normas, atos e condutas do Estado e dos particulares; e inadmite políticas públicas e privadas não sustentáveis, com a possibilidade de judicialização das ações e das omissões da Administração Pública que vão de encontro ao desenvolvimento sustentável (SOUZA, 2013).

Juridicamente, a sustentabilidade não apenas impõe a reinterpretção, e, por vezes, a reformulação, de todo o ordenamento jurídico, também determina ao administrador rever sua discricionariedade, para que a torne efetiva nas suas decisões, com a instituição de uma processualidade administrativa, objetiva e participativa, para a definição, formulação, implementação e controle de políticas públicas fundadas no princípio constitucional em questão (SOUZA, 2013).

Entretanto, embora dotado de inegável força normativa constitucional, o princípio da sustentabilidade ainda não logrou prestígio na prática administrativa. Nas palavras de Souza (2013, p. 43) a *Administração Pública ainda se encontra mergulhada num cenário de perple-*

8 Em outubro de 1987, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento disseminou a ideia de desenvolvimento sustentável com base no relatório Brundtland, também intitulado de *Our Common Future (Nosso Futuro Comum)*, no qual a pobreza dos países do terceiro mundo e o consumismo elevado dos países do primeiro mundo eram causas fundamentais que impediam um desenvolvimento igualitário no mundo e produziam graves crises ambientais.

xidades, indefinições, contradições e omissões, ainda persistindo na adoção de políticas públicas, para dizer o menos, de questionável sustentabilidade.

A desconsideração do fator ecológico e social na tomada de decisões é algo a ser superado nas gestões de todas organizações, especialmente nas de natureza pública. Importante sempre se questionar se determinada atuação assevera uma desigualdade social ou provoca mais degradação ecológica.

Inadvertidamente, ainda há estatísticas de crescimento econômico que não especificam a diferença entre atividade econômica benéfica e aquela que provoca danos. Deve-se atribuir valor ao capital natural e ao bem-estar social para que não contabilizemos erroneamente a destruição da natureza e o mal-estar humano como ganho econômico (DISKIN, 2009).

Essa afirmação é muito válida para o setor privado, mas deveria ser um dogma inarredável para a administração pública, certo que, inclusive do ponto de vista econômico, não é nada eficiente ignorar efeitos “colaterais” (mazelas sociais e ambientais) de um investimento apenas considerando o aumento da arrecadação de impostos, criação de empregos e aumento do consumo, pois o custo da remediação daqueles problemas supera os ganhos. Isso sem entrar no mérito da superioridade de valor axiológico desses bens inestimáveis que rotineiramente são desconsiderados.

Diskin (2009) nos lembra que nem tudo que cresce merece celebração e exemplifica que nos Estados Unidos um dos setores que mais se desenvolveu foi o prisional e de segurança. Infelizmente, no Brasil, também tornou-se um dos investimentos mais lucrativos e confiáveis, tanto pelo incremento de serviços de segurança, quanto de equipamentos como carros blindados, sistemas de monitoramento e de informação. Igualmente, o alto índice de crescimento da indústria farmacêutica devido a crescente necessidade das pessoas de consumirem antidepressivos, bloqueadores de apetite e ansiolíticos não deve ser visto com entusiasmo mas sim com grande preocupação.

Por trás da produção e do consumo, impulsionando os lucros, não contabilizados, invisíveis, estão os danos causados pela exploração econômica de pessoas vulneráveis socialmente e da natureza. Apenas os lucros de uma minoria são considerados e são expressos em números de um pseudodesenvolvimento. Indicadores meramente econômicos, como o Produto Interno Bruto (PIB), são cada vez mais questionados, em face da necessidade de aferir o bem-estar da população com indicadores sociais⁹.

A Administração Pública precisa abandonar as medidas administrativas e governamentais de perspectiva restrita ou de curto prazo e adotar o princípio constitucional de sustentabilidade, que se relaciona ao conceito mais amplo de bem-estar material e imaterial, gradual, continuado e de longo prazo, das presentes e futuras gerações (SOUZA, 2013).

A sustentabilidade é um princípio maior da vida individual, coletiva, planetária e universal e a sua efetivação impõe mudança das práticas adotadas por cidadãos, por empresários e pelo Estado. Contudo, inobstante a realização prática da sustentabilidade seja obrigação compartilhada, cabe ao Estado fomentá-la até que a ideia se torne a crença prevalecente no inconsciente coletivo e se exteriorize na cultura predominante.

⁹ Na década de 1970 surgiu um novo indicador sistêmico, desenvolvido no Butão, com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) denominado de índice de Felicidade Interna Bruta (FIB), que mensura o desenvolvimento social considerando o padrão de vida, educação e saúde de qualidade, governança, acesso à cultura, vitalidade comunitária, resiliência ecológica, uso apropriado do tempo e bem-estar psicológico (DISKIN, 2009).

Note-se que a sustentabilidade representa o futuro evolutivo perseguido e é nesse contexto, de evolução intencional, que a advocacia pública deve se ver inserida, repensada e reinventada, de modo a cumprir seu encargo constitucional e auxiliar, de maneira eficiente, o respectivo ente federativo na persecução do desenvolvimento qualificado pela sustentabilidade, sob pena de, conforme advertência de Souza (2013), haver grave comprometimento e inaceitável postergação na realização prática dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A seguir, revolvendo e conectando os assuntos anteriores, convida-se o leitor, principalmente aquele inserido no contexto institucional da advocacia pública, à indagação de em que medida a advocacia pública, na condição de órgão constitucional essencial à justiça, tem contribuído para a realização prática do princípio da sustentabilidade e como poderia fazê-lo utilizando-se dos preceitos da justiça restaurativa.

3.1 Advocacia pública sustentável

Ao propor um estudo acerca da advocacia pública sustentável não se está a sugerir a investigação da sustentabilidade ou a viabilidade permanente da função pública exercida por instituições de natureza federal, estadual ou municipal. A sustentabilidade aqui estudada é a preconizada pelo desenvolvimento sustentável para a sociedade como um todo e para o planeta, cuja obtenção perpassa por aspectos sociais, econômicos e ambientais de uma forma conexa e interdependente. Nesse sentido, foi bem ressaltado no Guia da Advocacia Sustentável (CESA, 2011)¹⁰ que a sustentabilidade de uma determinada organização poderá ou não ser compatível com a sustentabilidade que interessa a sociedade como um todo.

Pode parecer inócuo discutir sustentabilidade, justiça restaurativa, responsabilidade social, cultura de paz e não violência no âmbito da advocacia pública, uma vez que esta é qualificada pela Constituição como função essencial à Justiça e as práticas inerentes àquelas matérias já seriam ínsitas ao exercício da representação judicial e da consultoria jurídica dos entes federativos, haja vista o interesse público ao qual está sempre vinculada a própria existência destes.

Entretanto, é possível e muito válida uma análise honesta acerca da gestão da instituição e da atuação dos procuradores em cotejo com as sínteses aqui oferecidas sobre as matérias sustentabilidade e justiça restaurativa. E diante dessas premissas, os questionamentos acerca do modo como a advocacia pública vem sendo exercida são praticamente instantâneos e podem provocar uma revisão dos pensamentos por trás da atuação procuratorial.

10 Trata-se de Guia elaborado por um grupo de Associadas integrantes do Comitê de Advocacia Comunitária e Responsabilidade Social do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados - CESA e pelo Instituto Pro Bono, no âmbito de termo de parceria firmado entre as duas instituições, em dezembro de 2009, com o objetivo de fomentar a reflexão das Sociedades de Advogados em torno das diretrizes da Norma ISO 26000, a fim de incentivar a realização de suas atividades cotidianas de modo sustentável. ISO 26000 é documento internacional da Organização Internacional de Normalização, elaborado em 2010, em Genebra, que estabelece diretrizes sobre responsabilidade social. No mesmo ano, no Brasil, a versão em português da norma, a ABNT NBR ISO 26000, foi lançada na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - Fiesp. Com base nessa norma, a responsabilidade social se expressa pelo desejo e pelo propósito das organizações em incorporarem considerações socioambientais em seus processos decisórios e a responsabilizar-se pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente. A ABNT NBR ISO 26000 é uma norma que "fornece orientações para todos os tipos de organização, independentemente de seu porte ou localização, sobre: conceitos, termos e definições referentes à responsabilidade social; histórico, tendências e características da responsabilidade social; princípios e práticas relativas à responsabilidade social; os temas centrais e as questões referentes à responsabilidade social; integração, implementação e promoção de comportamento socialmente responsável em toda a organização e por meio de suas políticas e práticas dentro de sua esfera de influência; identificação e engajamento de partes interessadas; comunicação de compromissos, desempenho e outras informações referentes a responsabilidade social".
Fonte: INMETRO. Disponível em <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/cartilha_compreendendo_a_responsabilidade_social.pdf>. Acesso em 30/06/2023

3.2 Questionamentos propositivos

Ao adotar os preceitos da justiça restaurativa, podemos contribuir para a realização prática do princípio da sustentabilidade:

Mudando o ponto de vista acerca dos conflitos. As partes de um conflito tendem a agir de forma não comunicativa, focando exclusivamente na autopreservação, ou de modo intencionalmente estratégico, arquitetando os melhores meios com vistas à satisfação dos fins visados ou imaginados, em total desvalor ao outro e a seus pontos de vista, sentimentos e necessidades (MEDEIROS; SILVA NETO, 2019).

Nas atuações de advogado público, com que frequência, diante de uma demanda judicial, agimos dessa forma? Considerando a violência no sentido mais amplo, referenciada no primeiro capítulo, agindo dessa maneira, estaríamos contribuindo para criação de um ambiente de extremismo, com possibilidade de migrar para comportamentos polarizados e violentos?

Segundo Medeiros e Silva Neto (2019), aquele dualismo nos distancia de hipóteses de entendimento, na medida em que percebemos o conflito como a oposição entre a nossa consciência e a do outro. Esse pensar elimina qualquer possibilidade de acordo e enfraquece os processos de compreensão mútua. Os pontos de discordância são apenas produtos acidentais de um processo mais profundo, que envolve sentimentos e necessidades pessoais, além de aspectos relacionais, culturais e estruturais, todos edificadores da solução restaurativa.

Albergados pela defesa incondicional do Estado, baseados na lógica meramente econômica ou mesmo endurecidos numa mentalidade que ignora a sustentabilidade e os preceitos da cultura de paz, é comum na advocacia, a adoção de comportamentos defensivos tendentes a manipular o processo e subjugar a parte contrária, que passa a ser apenas um opositor a ser vencido e cujas percepções acerca da realidade são negadas.

A mudança dessa mentalidade é medida de urgência principalmente nos conflitos que envolvem pessoas em busca da efetivação de direitos sociais. É preciso que as partes se enxerguem como aliados na construção cooperativa e consensual de um acordo que verdadeiramente satisfaça a todos.

Enquanto estivermos a serviço da retroalimentação desse tipo de rivalidade, são poucas as chances de alcançarmos um acordo social satisfatório e uma solução que transforme o conflito em aprendizado, com vistas ao fortalecimento e desenvolvimento sustentável do Estado e dos cidadãos sob sua administração.

A transformação do conflito em aprendizado requer conscientização de tudo que foi exposto acima, comprometimento e criatividade do advogado público para inventar novas formas de advocacia que trate o conflito como um mecanismo necessário à própria democracia.

A justiça restaurativa, através do uso de técnicas específicas de estruturação de condições não violentas de comunicabilidade, tem potencial para auxiliar a advocacia pública na construção de uma consciência mais ampla dos conflitos em que o ente público representado comumente está envolvido (MEDEIROS; SILVA NETO, 2019).

A título de exemplo, diante do aumento de demandas contra o Estado envolvendo médicos obstetras por ocasião da realização de partos, aplicando os preceitos da justiça restaurativa, da cultura de paz e da não violência, qual seria a atuação mais sustentável da pro-

curadoria? Seria estritamente judicial, envidando esforços para improcedência da ação ou condenação mínima do Estado? Ou também envolveria organização de equipe de trabalho para estudos dos casos por maternidade para identificação das principais causas alegadas dos danos para posterior apresentação dos resultados e propostas junto à Secretaria Estadual de Saúde e Cooperativa dos Médicos Obstetras contratada pelo ente público? E orientação para que a Secretaria de Assistência Social supra as necessidades de assistência das partes hipossuficientes que se sentiram vítimas de erro médico independente do teor da defesa judicial?

Não se está neste artigo a ditar respostas certas à pergunta feita, mas apenas fomentando o debate, uma vez que outras atuações mais criativas e sustentáveis podem frutificar nas mentes do procurador sempre lembrando que os entes públicos são rotineiramente demandados em causas repetitivas e que ao invés de focarmos exclusivamente na defesa judicial, devemos a partir da coleta dos dados processuais buscar compreender as causas e propor soluções sustentáveis aos gestores públicos e nesse intuito a identificação das violências estruturais e culturais são fundamentais.

Identificando violências. A solução desejada para o conflito é aquela sustentável, que não compactue com qualquer tipo de violência – direta, estrutural ou cultural. Os valores nos quais se baseiam essa solução a blindam de qualquer questionamento que coloque em dúvida o interesse público da atuação escolhida ou a própria economicidade.

Tornar visíveis violências passa por diversas ações de coleta de dados, de denúncia, de contraposição, de divulgação, de sensibilização e de redirecionamento planejado da atuação. Com a pesquisa e a coleta de informações, é possível comprovar a existência de estruturas que laboram a favor de violências diretas, institucionais e culturais, que muitas vezes não se apresentam aos nossos olhos de modo claro. Exemplificamos a seguir.

O Conselho Nacional de Justiça empreendeu o Primeiro Censo do Poder Judiciário e com base nos resultados editou a Resolução CNJ n. 203, de 23 de junho de 2015, para prever reserva de vagas aos negros nos concursos públicos para provimentos de cargos efetivos nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura. E, por meio da Portaria CNJ n. 108 de 8 de julho de 2020, foi instituído Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos e indicação de soluções com vistas à formulação de políticas judiciárias sobre a igualdade racial no âmbito do Poder Judiciário e com foco no monitoramento de cumprimento da Resolução CNJ n. 203, de 23 de junho de 2015.

No âmbito da advocacia pública estadual, o Fórum Permanente de Equidade e Diversidade (FPED), vinculado ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estado e do Distrito Federal (Conpeg), foi instituído no final de 2022 para que as procuradorias estaduais brasileiras pudessem realizar diagnóstico institucional sobre os membros da carreira e seus servidores e utilizarem esses dados para definir ações promotoras de inclusão e pluralidade¹¹.

Considerando a autonomia dos Estados membros, a utilização dos resultados dessa importante pesquisa para definir estratégias de mudança dependerá do engajamento dos procuradores nesse sentido, uma vez que se fará necessária a sensibilização dos poderes executivo e legislativo em relação aos resultado da pesquisa.

Para a função pública da advocacia, são muitas as frentes e possibilidades de atuação e não poderíamos deixar de exemplificar as violências estruturais e culturais na prestação dos

11 <http://www.portal.pge.sp.gov.br/forum-permanente-de-equidade-e-diversidade-do-conpeg-recebe-claudia-trindade-agu/>

serviços de saúde, de educação, de assistência social e de segurança pública. Violências que se perpetuam pela omissão ou pela aceitação de condições humilhantes como sendo próprias da nossa sociedade, tal qual uma prestação insatisfatória de um serviço de saúde ou de educação para a população hipossuficiente, na qual a banalização milita a favor da inatividade do poder público e da sociedade civil (DISKIN, 2009).

As experiências de justiça restaurativa visam restaurar a eticidade nas relações sociais de forma autêntica, verdadeira e profunda. Dessa forma, a advocacia pública dará sua contribuição para a formação de um padrão superior de eticidade nas relações inter-humanas.

Ao revelar as ambiências institucionais que promovem e mantem dinâmicas de violência sustentadas por argumentos falsamente racionais também se desvela as **corresponsabilidades** institucionais e sociais (PENIDO, [201-]).

Corresponsabilizando-se. Desvelar a responsabilidade da advocacia pública em relação aos conflitos que lhe são postos para resolução é perguntar em qual medida a instituição tem contribuído, de forma ativa ou omissa, para que esses conflitos sejam resolvido com continuidade de violências estruturais e/ou culturais. Esse exercício requer que interpretemos nossa função essencial à Justiça, não apenas considerando a posição do Estado representado na triangularização de uma ação judicial. A essencialidade da função da advocacia pública à Justiça pode e deve ser repensada conforme o entendimento emergente de justiça e respectivo acesso preconizados pela justiça restaurativa.

Segundo o Guia da Advocacia Sustentável (CESA, 2011), ter uma gestão socialmente responsável é o passo fundamental para que uma organização alcance sustentabilidade, o que requer o desejo de incorporar considerações socioambientais em todo o seu processo de gestão, por meio da aplicação dos princípios da responsabilidade social em suas rotinas e situações: (i) responsabilizando-se pelas consequências de suas ações, com prestação de contas; (ii) adotando comportamento ético e transparente que contribua para o desenvolvimento sustentável; (iii) agindo em estrita observância às leis e em conformidade com as normas internacionais de comportamento; (iv) respeitando incondicionalmente os direitos humanos e; (v) ouvindo, considerando e respondendo aos interesses das partes interessadas (*stakeholders*¹²).

Mudando para a ambiência restaurativa. A mudança da ambiência tradicional de resolução de conflito para a ambiência restaurativa começa com a adoção de uma nova mentalidade acerca dos conflitos, consoante acima comentado, e se concretiza com o estabelecimento de um diálogo humanizado entre todas as partes interessadas (*stakeholders*). Nesse sentido, cabem as seguintes perguntas.

O processo e o procedimento que salvaguardam tantos direitos fundamentais, e que somente se justificam por causa deles, contraditoriamente, tem servido de muralha para nos mantermos distantes e indiferentes às violações de direitos noticiados nos autos judiciais, para cuja solução estritamente processual temos despendido muito tempo e recursos financeiros?

Quais as possibilidades de mantermos um contato mais direto com as pessoas por trás dos processos judiciais? Qual a interação das procuradorias com os organismos de classe?

12 "Conforme a Norma ISO 26000, *stakeholder* define-se como "indivíduo ou grupo que tem um interesse em quaisquer decisões ou atividades de uma organização". (Norma ISO 26000/2010, seção 2.20). A ISO 26000, publicada em 2010, inovou nesse aspecto, ao incluir na definição de *stakeholder* apenas a questão dos interesses afetados. No entendimento de seus autores, a capacidade de afetar as ações da organização caracteriza um ator social relevante para a organização, mas não por causa da sua responsabilidade social, e sim pelos seus próprios interesses". (Guia da Advocacia Sustentável, p. 20)

Audiências públicas com os seguimentos sociais envolvidos em causas repetitivas seriam um bom instrumento de aproximação da procuradoria com as pessoas afetadas pela sua atuação de modo a construir com elas soluções conforme o modelo restaurativo?

De acordo com a ISO 26000, trata-se de um dos principais temas da responsabilidade social: a identificação e o engajamento de partes interessadas (stakeholders). Com a identificação delas, abre-se um canal de diálogo e uma vez iniciado o processo de engajamento, é notável a riqueza da “troca” e do compartilhamento de informações¹³.

A humanização da interação constitui a primeira condição para que um diálogo franco aconteça. Como essa humanização se dará no âmbito de uma procuradoria vai depender, inicialmente, da consciência dessa necessidade e, posteriormente, da criatividade dos seus membros e das singularidades dos conflitos e das pessoas envolvidas. A forma de humanização do tratar da advocacia pública com seus servidores certamente será pensada diferente da forma a ser implementada nas causas de saúde, educação, ambientais, tributárias.

As práticas restaurativas são orientadas para criação da ambiência necessária para que uma relação sem reservas mentais se estabeleça entre os participantes no momento restaurativo, o que ocorre mediante encontros pessoais, em condições seguras de comunicação (MEDEIROS; SILVA NETO, 2019). Essa personalidade revela a humanidade necessária para ouvir com empatia, tornando as partes pessoas concretas, em seu poder e em sua vulnerabilidade, sem as reservas que costumamos ter para nos proteger das adversidades.

Para criação da ambiência restaurativa, é recomendada a formação de facilitadores de círculos restaurativos de paz, tanto para a resolução de conflitos internos, quanto de conflitos envolvendo o ente federativo apresentado pelo advogado público, inclusive os de natureza coletiva, dualizados com um seguimento social.

Prevenindo conflitos. Os conhecimentos da Justiça Restaurativa não se preocupam apenas com a solução não violenta do conflito já existente, mas precipuamente com a análise do contexto relacional, institucional e social que motiva o seu surgimento, de modo a partir da apropriação desse conhecimento resolver acerca das providências que podem ser adotadas para prevenir conflitos futuros.

Acredita-se ser de grande valia a previsão de procedimentos para que a procuradoria identifique as demandas, administrativas ou judiciais, mais recorrentes ou mais significativas do ponto de vista socioambiental, constate as causas da litigiosidade e as estude para além das aparências, com o propósito de propor às secretarias, ao governo do Estado e ao Poder Legislativo medidas de curto, médio e longo prazo executório tendentes a modificar as realidades causadoras.

Potencializando o assessoramento. O compromisso com a sustentabilidade abrange as atividades internas de uma organização e também as dos que se encontram em sua ca-

13 “A comunicação é um aspecto essencial na prática da gestão sustentável, tanto no que diz respeito à imagem da Sociedade de Advogados, quanto no que tange ao diálogo com as partes interessadas (internas e externas). É por meio da comunicação completa, compreensível, responsiva, precisa, equilibrada, tempestiva e acessível que se propiciará: (i) a motivação e o engajamento dos sócios, associados e funcionários; (ii) o fortalecimento da reputação da Sociedade e confiança das partes interessadas em relação às ações voltadas para a sustentabilidade; e (iii) a difusão ampla de informações e valores.

Há vários tipos de comunicação que podem ser utilizados nestas questões, tais como reuniões e negociações com *stakeholders*, publicações de artigos e reportagens; e divulgação de ações (nesse caso, observando-se o código de ética estabelecido pela entidade de classe). O resultado do processo de diálogo que se estabelece entre a organização e suas diversas partes interessadas pode levar a uma revisão das práticas cotidianas e, conseqüentemente, a uma gestão mais transparente e democrática (e, por isso, também mais capaz de detectar precocemente mudanças no contexto e adaptar-se a elas). Além disso, esse diálogo com as partes interessadas é uma forma importante de aumentar a confiança de que os interesses e intenções de todos os participantes estão compreendidos no processo, fortalecendo a credibilidade da organização.” (Guia da Advocacia Sustentável, p. 25 e 26)

deia de valor. Não se trata apenas de adotar práticas sustentáveis, mas também de fazer-se multiplicador ao estimular à adoção das mesmas práticas por toda sua esfera de influência (CESA, 2011).

Qual a esfera de influência de uma procuradoria? De um advogado público?

Uma das nuances da advocacia sustentável é a instrumentalização socioambiental do âmbito de influência da organização. Trazendo para a realidade das procuradorias estaduais, estas se mostram aptas e dispostas a de forma espontânea a assessorar as secretarias de Estado?

A incerteza de efetiva implementação pelas secretarias de Estado das orientações dadas pelas procuradorias não deveria ser causa de desmotivação. Do contrário encontrar-se-á a guarida perfeita para a passividade. Apenas a ideia exteriorizada tem potencial para lograr mudanças.

Como ressaltado anteriormente, a advocacia pública tem uma amostra significativa dos conflitos nos quais o seu cliente federativo está rotineiramente envolvido, obtendo dados suficientes que podem ser tratados e organizados e servirem de embasamento técnico para excelentes sugestões de governança.

Atuando em rede. Conforme art. 4º, III, da Resolução CNJ nº 225/2016, o Poder Judiciário mostra-se aberto a estabelecer uma interlocução com as Procuradorias, para atuação na prevenção dos litígios. E para que essa interlocução se concretize essa Resolução estabelece que os Tribunais de Justiça implementarão programas de Justiça Restaurativa para, dentre outras atribuições, atuar na interlocução com a rede de parcerias mencionada no citado dispositivo.

As procuradorias também estão inseridas nas redes de atendimento mencionadas no art. 6º, V e VI, da Resolução CNJ nº 225/2016, por causa da sua possibilidade de envolvimento com a implementação de projetos ou espaços de serviço para atendimento de Justiça Restaurativa, buscando a interconexão de ações e apoiando a expansão dos princípios e das técnicas restaurativas para outros segmentos institucionais e sociais.

Com intencionalidade e promovidas as formações necessárias para apropriação dos princípios e valores restaurativos, as procuradorias dos Estados poderiam ser polos irradiadores da justiça restaurativa com grande potencial de transformação institucional e social.

A atuação em rede também está prevista no art. 9º da Resolução CNJ nº 225/2016, ao se dispor que as técnicas autocompositivas do método consensual utilizadas pelos facilitadores restaurativos buscarão incluir, além dos envolvidos, das famílias e das comunidades, aqueles que, em relação ao fato danoso, direta ou indiretamente possam apoiar os envolvidos no referido fato, contribuindo de modo que não haja recidiva.

Igualmente, o art. 10 enuncia que logrando-se êxito com as técnicas autocompositivas, a solução obtida poderá ser repercutida no âmbito institucional e social, por meio de comunicação e interação com a comunidade do local onde ocorreu o fato danoso, com possibilidade de encaminhamentos das pessoas envolvidas a fim de atendimento das suas necessidades. A Procuradoria pode entender que não lhe diz respeito e não fazer nada, mas também pode contribuir caso seja chamada pelo Judiciário ou se apresentar espontaneamente para fazer parte dessa rede, em consonância com o respectivo projeto restaurativo que venha a elaborar.

Elaborando um projeto restaurativo. Para atingir a sustentabilidade na advocacia pública é necessário incorporar à sua administração, tanto na atividade-meio, quanto na atividade-fim, um conjunto de práticas que visem à melhoria da sociedade e à conservação do equilíbrio ambiental.

Essa grandiosa tarefa não é possível sem a redação de um programa, que estabeleça princípios, ações, metas com previsão de datas e formas de avaliação, que alcancem toda administração. Ações pontuais não interligadas entre si e que não integram um planejamento estratégico de implementação podem ser úteis, mas perigam ser efêmeras, contraditórias e não aproveitam toda a potencialidade da advocacia pública.

A responsabilidade social se estabelece na própria gestão da organização. Quaisquer ações voltadas à sustentabilidade somente podem ter legitimidade se forem incorporadas à visão estratégica e aos processos internos (ISO 26000).

Sobre a inclusão das atividades meio no projeto restaurativo, considerando os propósitos culturais e éticos da justiça restaurativa, Penido ([201-]) não enxerga como uma possibilidade, mas como um dever de coerência. Não é possível aplicar a justiça restaurativa apenas na atividade fim, é necessário a presença da sustentabilidade em todas as decisões, inclusive as administrativas e de pessoal¹⁴, da instituição que resolveu guiar-se pela justiça restaurativa.¹⁵

Conforme visto no primeiro capítulo, esse aspecto está compreendido na dimensão institucional da justiça restaurativa, na qual as instituições reorientam suas práticas e as formas de relacionamento das pessoas que a constituem, de modo que todos sejam percebidos, ouvidos e tenham suas necessidades compreendidas, em um ambiente realmente democrático, e para que as pessoas nutram um sentimento de pertencimento àquela instituição e participem ativamente das atividades e da elaboração das regras de convívio (SALMASO, 2016). Assim, como autênticos protagonistas da atuação institucional, e, não como simples receptores de ordens, o exercício da corresponsabilidade poderá se dar naturalmente, pois aumentadas são as chances das pessoas sentirem-se motivadas para atuar positivamente na edificação de uma ambiência institucional justa, pacífica e sustentável.

Para determinar a direção da organização rumo à sustentabilidade, deve-se fazer um autodiagnóstico que possa indicar em que aspectos torna-se necessário o aperfeiçoamento das políticas e práticas da Sociedade e, a partir daí, estabelecer um cronograma de ações a serem realizadas (ISO 26000). Essas ações sustentáveis enunciadas em um projeto restaurativo demonstrarão que cada atuação tem uma intencionalidade, não ocorrendo ao acaso.

14 Esse é um aspecto fundamental, considerando que nos dias atuais a organização representa um importante espaço existencial de seus sócios e funcionários. As pessoas permanecem grande parte de seu tempo no ambiente de trabalho e nele estabelecem relações profissionais, interpessoais e institucionais de grande relevância. A responsabilidade social da organização com seu público interno é efetivamente praticada mediante (i) reconhecimento e respeito à diversidade (pessoas e opiniões); (ii) promoção de condições de bem estar no meio ambiente interno; (iii) estabelecimento de políticas claras de remuneração, benefícios e carreira; (iv) valorização das competências; (v) investimento no desenvolvimento pessoal e profissional; (vi) melhoria das condições de trabalho; e (vii) estabelecimento de um canal de diálogo transparente e interativo (CESA, 2011).

15 "Vejam os exemplos quando se tem presente este "olhar", correlacionando a Justiça Restaurativa com a Cultura de Paz. Pensemos na implementação de um projeto de "Justiça Restaurativa" em uma escola. Se temos presente a importância de não se limitar a fazer procedimentos pontuais de resolução de conflitos, então não basta "a escola" realizar práticas restaurativas ou realizar apenas procedimentos de resolução de conflito por metodologias restaurativas, se ela ("escola") não olhar para o seu projeto pedagógico; para o seu "Regimento Interno"; para a dinâmica de aula; se não refletir sobre o que, porventura, vinha até então fazendo para tornar efetiva uma "Cultura de Paz" na comunidade escolar. Enfim, promover uma série de reflexões e realizar um feixe de ações complementares concomitantes que "Joguem luz" na ambiência institucional onde a situação danosa ocorreu e efetivem ações de transformação da mesma. Se de fato a intenção é ir a fundo e tornar efetiva a transformação das causas de violência, tornando a "escola" numa ambiência de "Justiça", tais ações complementares devem necessariamente ser realizadas quando da implementação dos projetos de Justiça Restaurativa" (PENIDO, [201-] p. 3).

Do projeto também deve constar uma forma de avaliação para monitorar o desempenho das práticas sustentáveis com vistas a assegurar que o processo de implementação da gestão socialmente responsável esteja ocorrendo conforme o previsto, bem como identificar crises e possibilitar fazer modificações que se mostrem necessárias (CESA, 2011).

Antes de iniciar as ações voltadas à sustentabilidade propriamente dita, deve ser implementado um amplo processo de conscientização e educação.

Capacitando-se para ser agente ativo de transformação social. Uma das principais ações a serem previstas no programa de justiça restaurativa são os cursos contínuos de formação para que todo embasamento teórico e fático que alicerçam a justiça restaurativa e a sustentabilidade sejam apreendidos pelos recursos humanos da instituição, da direção ao pessoal de execução.

O caráter contínuo dessa capacitação ocorre pela necessidade de realizar análises periódicas das práticas e atividades institucionais, conforme os resultados das avaliações previstas no projeto restaurativo (CESA, 2011).

Engajando-se socialmente. O terceiro setor, tomado como exemplo de mobilização da sociedade civil para dar conta das suas necessidades, cria e recria mecanismos de denúncia, de articulação e de ação que viabilizam justiça, dignidade e sustentabilidade. E sem uma organização centralizadora, as entidades não governamentais operam em rede, estabelecem relações, tal qual átomos que se ligam e células que interagem (DISKIN, 2009).

Da mesma forma a advocacia pública, atuando em rede, tendo a seu favor a organização que lhe é inerente enquanto instituição, pode identificar necessidades comuns e estabelecer objetivos e ações provocadoras de mudanças substanciais.

Antecedidas de estudos, as procuradorias podem estabelecer metas que fomentem o desenvolvimento sustentável da sociedade como um todo com respeito ao meio ambiente, valorização da diversidade cultural, redução das desigualdades econômicas e o aumento da igualdade de oportunidades.

O Conselho Nacional de Justiça é um excelente exemplo de instituição que se colocou na posição ativa de agente de transformação social ao hastear a bandeira da justiça restaurativa e estruturá-la visando sua disseminação para além do ambiente forense, por meio dos polos irradiadores. E a atuação do CNJ não se restringe ao âmbito da justiça restaurativa propriamente dita, esse órgão tem projeto de ação que regula sua participação na realização de vários outros objetivos do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030.

A advocacia pública deve instrumentalizar sua proximidade com o poder executivo e aprimorar-se no exercício da função de assessoramento para contribuir mais ativamente para a consecução dos objetivos do desenvolvimento sustentável. E esse proceder requer um trabalho de conscientização dos seus advogados acerca desse papel e da importância dele.

Não duvidemos do nosso potencial de alterar paradigmas que alcançam a escala mais ampla da sociedade, pois somente dessa forma nos desenvolveremos em termos de instituição mais justa, equitativa e eficaz (MEDEIROS; SILVA NETO, 2019).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A princípio, pode aparentar que essas proposições implicam aumento da demanda de trabalho dos advogados públicos e de fato o engajamento em uma causa requer mais tempo de dedicação a ela, entretanto, o resultado da ressignificação da atuação procuratorial para que cada instituição de advocacia pública seja agente de transformação social conforme os ditames da justiça restaurativa representa o cumprimento da nossa parte não apenas como advogados públicos, mas como cidadãos.

Além desse bem maior, a médio prazo, também pode resultar em um efeito colateral muito desejado, qual seja a paralisação da ascendência da linha representativa tanto das demandas judiciais envolvendo o ente federativo representado, quanto da quantidade de servidores, juízes e advogados públicos necessários para tratar essas demandas judiciais.

É na condição de uma comunidade terrestre com um destino comum que vivenciamos um momento crítico em que a humanidade escolhe o seu futuro em cada ação cotidiana. Se escolhermos gerar uma sociedade sustentável global fundada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, necessariamente temos que declarar nossa responsabilidade uns para com os outros, com a natureza e com as futuras gerações (DISKIN, 2009).

Essa responsabilidade se exterioriza em ações que vão ao encontro dos princípios e metodologias de resolução de conflito da justiça restaurativa, cuja aplicação em sua integralidade requer a mesma mudança cultural exigida pelo desenvolvimento sustentável.

Conforme mencionado introdutoriamente, a conduta humana se pauta pelas suas crenças. A situação em que a humanidade se encontra, sua relação com a natureza e a vida, a cultura do consumo advém de crenças oriundas de pensamentos que predominaram e sobrepujaram outros¹⁶. Portanto, com comprometimento, podemos de forma consciente e intencional eleger novas crenças que se expressem em atitudes sustentáveis.

A título de exemplo, a cultura do consumo e a crença por trás dela são explicadas por Annie Leonard, no documentário de animação *The Story of Stuff* (2007), com o relato de que pouco depois da Segunda Guerra Mundial, as grandes corporações estudavam mecanismos para impulsionar a economia, vindo do analista de vendas Victor Lebow, Economista norte-americano, na década de 50, a mensagem paradigmática, abraçada pela economia e que a norteou e a dirige, de que pujança econômica exigia que as pessoas fizessem do consumo a sua forma de vida, que tornassem a compra e uso de bens em rituais, que procurassem a sua satisfação espiritual, a satisfação do nosso ego, no consumo, e para tanto as coisas necessitavam ser consumidas, destruídas, substituídas e descartadas a um ritmo cada vez maior¹⁷.

Esse documentário também nos lembra que essa mensagem de consumo foi reforçada em diversos momentos históricos e no mundo atual das mídias estamos expostos a essa mensagem vinte e quatro horas. Por trás desse consumo, não contabilizados, invisíveis, estão os danos causados pela exploração econômica de pessoais vulneráveis socialmente e da natureza.

16 Em um processo que o professor Pontes (2017) denominou de logospirataria.

17 Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=3c88_Z0FF4k&t=2s>. Acesso em 28 jun 2023

Esses problemas podem parecer intransponíveis, a mudança pode até parecer inconcebível, impraticável, mas na verdade, essa visão pessimista e passiva apenas está respaldada no *status quo*, na crença atual, na única forma de viver conhecida pela maioria da população mundial, que pode ser transmutada desde que essas razões de incredulidade sejam trazidas à consciência. Percebida a insustentabilidade das práticas econômicas, sociais e ambientais, ganha-se um motivo para mudar e acreditar nessa possibilidade.

O convencimento coletivo não existe sem o individual, a prática coletiva é um conjunto de hábitos individuais. Não há conjunto, sem partes individuais integrantes. É necessário acreditar que especificamente o seu fazer fará a diferença. Se todos subestimarem o poder da sua ação, tudo permanecerá igual. Por isso quando Howard Zehr propõe a troca das lentes através das quais a humanidade tem se percebido e reproduzido sua realidade insustentável está metaforicamente propondo que se mude as crenças, o que nos permitirá perceber outras perspectivas; formular novas perguntas; reconhecer novas respostas e agir de acordo com elas, de modo transformado e sempre refletido (PENIDO, [201-]).

A advocacia pública tem muita a contribuir com esse propósito. Olhar exclusivamente para o bom desempenho econômico da instituição e do ente federativo revela um horizonte restrito, inadequado ao ideal constitucional de sustentabilidade. A justiça restaurativa tem as ferramentas teóricas e práticas necessárias para transformar a advocacia em um instituição que invariavelmente dá importância às pessoas, à sociedade e ao meio-ambiente, de forma integral.

Tratou-se aqui do desafio de mudar as lentes, de cambiar a mentalidade, de olhar mais do alto e entender um contexto maior na qual a advocacia pública está inserida.

REFERÊNCIAS

ABNT. **Compreendendo a Responsabilidade Social: ISO 26000 e ABNT NBR 16001**. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/cartilha_compreendendo_a_responsabilidade_social.pdf>. Acesso em 12 jul 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2023.

_____. **Resolução CNJ nº 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 01 jun. 2023.

_____. **Resolução CNJ n. 203, de 23 de junho de 2015**. Dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2203#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20reserva%20aos,e%20de%20ingresso%20na%20magistratura>>. Acesso em: 05 jul. 2023.

CESA - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados e do Instituto Probono. **Guia da Advocacia Sustentável**. Serviço Social do Comércio de São Paulo (SESC-SP). São Paulo, 2011. Disponível em:<<https://cesa.org.br/guia-advocacia-sustentavel/>>. Acesso em 01 jun. 2023.

DISKIN, Lia. **Cultura de paz: redes de convivência**. São Paulo: SENAC, 2009. Disponível em: <<https://www1.sp.senac.br/hotsites/gd4/culturadepaz/>>. Acesso em 01 jun. 2023.

GALTUNG, Johan. **O caminho é a meta: Gandhi hoje**. Tradução: Humberto Mariotti. São Paulo: Palas Athena, 2003.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. Tradução Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 4ª ed. 2022.

MEDEIROS, Josineide Gadelha Pamplona; SILVA NETO, Nirson Medeiros. **Enfoque restaurativo e processos circulares no atendimento socioeducativo**, publicado no livro “Ações socioeducativas: saúde integral dos adolescentes em medidas socioeducativas e justiça restaurativa”, lançado pelo Degase, Rio de Janeiro, em 2019.

PENIDO, Egberto de Almeida. **Cultura de Paz e Justiça Restaurativa: Uma Jornada de Alma**”

_____ ; BRANCHER, Leoberto (2019). **Origens da Justiça Restaurativa no Brasil**. Material redigido para a apresentação da Delegação da Justiça Restaurativa Brasileira ao Simpósio Nacional de Justiça Restaurativa do Canadá, 2019, que integra o Curso Justiça Restaurativa do Conselho Nacional de Justiça.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de construção de paz**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 5ª edição, 2022.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. Tradução Mario Vilela. São Paulo: Ágora, 5º ed, 2021.

SALMASO, Marcelo Nalesso. **Uma Mudança de Paradigma e o Ideal Voltado à Construção de uma Cultura de Paz**. Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/347>>. Acesso em em 22 jul 2023.

SOUZA, Horácio A. M. de. **A advocacia pública sustentável como pressuposto da efetivação do princípio da sustentabilidade na Administração Pública**. Revista Interesse Público, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

UNESCO. **Declaração de Sevilha sobre a Violência**. Adotada pela UNESCO na 25ª Sessão da Conferência Geral em 1989.

_____ **Cultura de paz: da reflexão à ação; balanço da Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo**. – Brasília: UNESCO; São Paulo: Associação Palas Athena, 2010. Disponível em <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000189919>>. Acesso em 12 jul 2023.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 4ª edição, 2020.

ZEHR. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 4ª edição, 2022.

A possibilidade do emprego da arbitragem como instrumento de solução de conflitos ambientais

Joyce Joanny de Oliveira Leitão Limeira¹
Michelle Costa Silva²

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar pontos relevantes acerca da utilização dos meios alternativos de solução de conflito, em especial a arbitragem em demandas ambientais. Para tanto, será necessário situar o avanço da preocupação com as questões ambientais, com o conseqüente aumento das demandas judiciais, e as formas de que o processo de reparação seja célere, justo e eficaz. O objetivo do trabalho é contribuir para a análise e interpretação da possibilidade do uso da arbitragem em matéria ambiental, levando em consideração que o meio ambiente equilibrado é um direito difuso. Utilizou-se a metodologia do método dedutivo, quanto aos meios a pesquisa foi bibliográfica com uso de doutrina, legislação e jurisprudência e, quanto aos fins, a pesquisa foi qualitativa. Concluiu-se que o uso da arbitragem é uma via alternativa mais célere e eficiente aos meios judiciais para a resolução de conflitos ambientais.

Palavras-chave: Arbitragem. Reparação de danos. Meio Ambiente.

1. INTRODUÇÃO

Poucos problemas tiveram um impacto tão grande no mundo nas últimas décadas como os problemas ambientais, pois altos níveis de degradação ambiental comprometeram severamente a qualidade de vida na Terra. Buscar formas sustentáveis de interagir com o meio ambiente é um dos maiores desafios da atualidade.

Entre 1945 e 1962, com o advento dos produtos nucleares, a internacionalização das preocupações ambientais tornou-se mais evidente, constatando-se que as conseqüências dos testes nucleares eram extremamente prejudiciais ao meio ambiente. Além disso, outros fatores, como a ascensão do movimento ambientalista, contribuíram para a discussão das questões ambientais a partir da segunda metade do século XX.

1 Mestra em Direito Ambiental e especialista em Direito Público pela UEA. Advogada.

2 Bacharelada em Direito, com graduação pela Universidade Nilton Lins. Advogada.

Portanto, quando se trata de questões ambientais, prevenir ou evitar danos ambientais quando podem ser detectados com antecedência continua sendo a melhor maneira de proteger o meio ambiente.

A preocupação com os danos ambientais acarretou em uma grande procura pelo Poder Judiciário, na tentativa de suprimir condutas e reparar danos. Em parte, historicamente é um avanço haja uma gama de legislação e varas especializadas em direito ambiental. Porém essa judicialização não é célere, findando em um processo lento e ineficaz, que acaba por não proteger o meio ambiente.

Neste contexto, é de grande relevância estudar a mediação, a arbitragem e outras formas extrajudiciais de resolução de conflitos ambientais, ao mesmo tempo em que reduz a carga judicial e melhora a eficácia e celeridade da proteção ambiental. Além disso, entender essas alternativas pode ajudar a prevenir danos ambientais, entender as causas do conflito e prevenir a ocorrência ou desenvolvimento de conflito.

A metodologia a ser utilizada será a do método dedutivo, quanto aos meios à pesquisa será bibliográfica partindo da análise de artigos científicos, quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

2. INTENSIFICAÇÃO DOS PROBLEMAS AMBIENTAIS E A EFICIÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS

Ao longo dos séculos, com o avanço da convivência dos homens em sociedade, a necessidade de recursos provenientes da natureza passou a implicar em interferências desastrosas no meio ambiente, comprometendo o equilíbrio e a capacidade de regeneração dos ecossistemas.

A escassez dos recursos naturais e o aumento ilimitado da demanda, a ganância em desbravar e utilizar a maior quantidade de recursos naturais possíveis, em busca de lucro, e a consciência ambiental tardia, a qual ainda vem sendo construída, são algumas das principais causas dos conflitos ambientais modernos.

Com toda essa problemática envolvendo as questões ambientais, que felizmente vem ganhando visibilidade nos últimos anos, e com aumento de tragédias ambientais e danos ao meio ambiente, compreendeu-se que tais danos não poderiam permanecer sem reparação.

Na tentativa de reparar os danos, tanto coletivos quanto individuais, e buscar e responsabilizar os poluidores, a procura pelo Poder Judiciário cresceu de forma surpreendente. Avanços como a legitimação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, a criação de legislação específica ambiental, tanto no Brasil como no mundo, determinando a sua proteção, assim como outros instrumentos como a criação de varas especializadas em questões ambientais, foram elementos que auxiliaram no aumento dessas demandas.

Contudo, a procura das vias judiciárias para a resolução de conflitos ambientais muitas vezes não tem se mostrado uma alternativa muito eficiente e célere, considerando a burocracia e a morosidade dos processos judiciais, onde em alguns casos a efetiva reparação do dano ambiental acaba não acontecendo, nem a reparação *in natura* nem a reparação pecuniária.

Neste contexto, tornou-se imprescindível a busca por formas de tornar essa reparação mais eficaz. Passou-se, então, a pensar no uso das formas alternativas de solução dos conflitos para auxiliar na promoção de um acesso à justiça mais efetivo, contribuindo para evitar a continuação e promover a efetiva reparação dos danos ambientais.

A arbitragem, uma das diversas modalidades de resolução de conflitos, passou então a se apresentar como um possível instrumento para a resolução desses litígios ambientais, considerando suas vantagens.

3. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Quando se pensa em solução de conflitos, logo a figura do Estado-juiz é a que se destaca, considerando a ideia de um terceiro imparcial a qual foi incumbida a função de jurisdição.

No entanto, este terceiro imparcial nem sempre precisa ser o Estado. Este possui o monopólio da jurisdição, porém não há proibição para que o próprio Estado permita que entes não estatais exerçam a jurisdição.

O Brasil admite algumas formas alternativas de solução dos conflitos (*alternative dispute resolution* - ADR ou sistema multiportas), que já vêm sendo aplicadas em países da Europa e nos Estados Unidos da América há algumas décadas, em alternativas a jurisdição estatal.

Os maiores exemplos são a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem, que, apesar de alguns ainda terem um uso tímido, acarretam uma drástica diminuição da procura pelo Poder Judiciário, assim como, implica alterações na visão e no relacionamento dos diversos atores do sistema de Justiça. Porém, no uso desses meios “alternativos” é necessário que seja verificada sua adequação ao caso concreto, sobre esse ponto leciona Cunha (2021):

Costumam-se chamar de ‘meios alternativos de resolução de conflitos’ a mediação, a conciliação e a arbitragem (Alternative Dispute Resolution - ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam ‘alternativos’: mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há, ainda, outros meios, a exemplo da negociação direta e do *dispute board*.

Os meios de solução de disputas são, portanto, adequados, mas também são integrados. É possível que o meio mais adequado seja a mediação, mas, não obtida a auto-composição, a opção passa a ser a arbitragem ou a jurisdição estatal. Para cada situação, há um meio adequado, mas ele é integrado com outro(s), que também revela(m) adequação para o caso.

Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal. O meio de solução há de ser o mais *adequado*. A *adequação é o fundamento para que se adote* o procedimento mais eficiente para a resolução de disputas. Não se deve adotar apenas a mediação, a conciliação, a arbitragem ou a justiça estatal.

Tratando-se da arbitragem, esta é a forma de resolução de conflitos na qual as partes buscam terceiro de sua confiança, o árbitro, solucione o litígio, sendo uma espécie de heterocomposição. Venosa (2004) compara o árbitro e juízes togados na solução de litígios:

O árbitro é juiz de fato – dada a natureza de sua investidura – e de direito, pois, neste caso, aplica as regras legais ao caso concreto. Nesse lanço, tanto os julgadores estatais, quanto os particulares, são investidos de suas funções pelo povo, indiretamente, no caso dos togados, e diretamente, no caso da arbitragem [...]

Este conceito, interpretado na visão de jurisdição, traria o terceiro desinteressado (árbitro), como representante do Estado, aplicando o ordenamento jurídico vigente. Sob esta ótica, Nery (2005) afirma que a natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial (CPC, 584, III), não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial, sendo passível de embargos do devedor com fundamento no CPC 741 (título judicial), segundo artigo 33, § 3º da lei nº 9.307/96 [...]

No momento em que as partes optam pela nomeada jurisdição privada, nomeando árbitro para resolver litígio, o faz com a permissão do Estado, o qual permite essa forma de solução de conflito, a qual tem diversas vantagens como a celeridade, a simplicidade, a especialização e o alto grau de definitividade.

No que pese haver debate entre doutrinadores sobre a natureza jurídica da arbitragem, se esta seria equivalente jurisdicional ou jurisdição, a corrente mais defendida, inclusive pela jurisprudência em tese do Superior Tribunal de Justiça, é a da natureza jurisdicional da arbitragem:

Jurisprudência em tese, n. 122: Tese 01) A convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal.

Tese 09) A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que torna possível a existência de conflito de competência entre os juízos estatal e arbitral, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça - STJ o seu julgamento.

No Brasil, a arbitragem é regida pela Lei n. 9.307/96, modificada pela Lei n. 13.129/2015, destinada a versar sobre direitos disponíveis, conforme o disposto no artigo 1º da referida lei.

As partes interessadas submetem a solução de litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, dessa forma compreendida a cláusula compromissória e o compromisso

arbitral. Segundo Cunha (2021), pela cláusula compromissória, as partes comprometem-se a submeter a controvérsia a um juízo arbitral. Por sua vez, o compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes já submeteram a controvérsia a um juízo arbitral.

Ao escolher a arbitragem, o indivíduo renuncia apenas à jurisdição do Estado, mas não à jurisdição como um todo, não havendo renúncia às garantias processuais básicas, pois o terceiro desinteressado, o árbitro escolhido para dirimir o conflito, deve respeitá-las.

No que se refere ao árbitro, a arbitragem assegura que este seja imparcial (art. 21, §2º, Lei n. 9.307/96), bem como sua competência é delimitada por convenção de arbitragem que, como norma jurídica negocial, é a lei prévia exigida para garantir o juiz natural. O árbitro pode tomar depoimentos, ouvir testemunhas, solicitar perícia e outras provas que julgar necessárias.

A arbitragem pode ser de direito ou de equidade, decisão que cabe às partes, as quais poderão escolher as regras de direito que serão aplicadas, ou se o julgamento será com base nos princípios gerais do direito.

O produto da arbitragem é a sentença arbitral, a qual não precisa ser homologada pelo Judiciário. Além disso, produz coisa julgada e é irrecorrível, constituindo título executivo judicial. Apesar de não caber recurso contra a decisão arbitral, a parte prejudicada pode solicitar correção de erro material, esclarecimento de obscuridade ou omissão.

O mérito da sentença arbitral não pode ser revisto pelo Poder Judiciário, porém pode ser anulada conforme o disposto no artigo 32 da Lei de Arbitragem, entre algumas das nulidades estão a decisão proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, sentença proferida por quem não podia ser árbitro, comprovação de que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva.

A arbitragem, como forma alternativa de resolução de conflitos, tem como vantagens celeridade, auxiliando o Poder Judiciário na diminuição de processos sem deixar de promover justiça, possibilidade de julgamento por equidade, capacidade dos árbitros, manifestando maior confiança em um julgamento técnico, confidencialidade e baixo custo, a depender do conflito.

Com tantas vantagens não se pode ignorar o uso da arbitragem, pelo contrário, deve-se incentivar cada vez mais a sua utilização e propagação, garantindo o acesso à justiça eficiente e célere.

4. O USO DA ARBITRAGEM EM MATÉRIA AMBIENTAL

Considerando o tamanho da repercussão mundial das questões ambientais conjugado com o aumento da degradação do meio ambiente e a procura pelo Poder Judiciário para resolução e responsabilização dos causadores dos danos ambientais, passou-se a questionar se os métodos alternativos de resolução de conflitos caberiam em matéria ambiental, em especial o uso da arbitragem.

Principalmente em âmbito internacional, a arbitragem em questões ambientais passou a ser bastante utilizada. Em 1994 foi criada a Corte Internacional de Arbitragem e Conciliação Ambiental (ICEAC - *International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*), composta por 28 membros de 22 países, com sede na Cidade do México, no México e na Espanha, na cidade de San Sebastián.

Esta Corte oferece aos Estados e também a particulares tanto a arbitragem quanto a conciliação na solução de conflitos ambientais. No entanto, é uma arbitragem institucionalizada, não possuindo jurisdição obrigatória, de forma que, se quiser, alguma das partes pode declinar sua jurisdição. Nesses casos, a Corte emite uma consulta sobre a questão, a qual fica registrada, como um ônus sobre quem não aceitou cumprir a decisão.

Outro exemplo de órgão internacional que utiliza a arbitragem em questões ambientais é a Corte Permanente de Arbitragem de Haia, em ajuste da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (UNCITRAL).

Interessante o motivo de aderência a arbitragem para resolução deste tipo de controvérsia: o aumento da presença de cláusulas ambientais nos contratos comerciais. O que é benévolo e demonstra a atual preocupação com as causas ambientais e, principalmente, com a possível responsabilização em caso de dano.

Esta Corte Permanente coloca à disposição de particulares e Estados árbitros especializados em matéria ambiental. Neste ponto, afirma Frangetto (2006):

Cumprir notar, nesse sentido, que os conflitos entre normas constantes de acordos bilaterais, regionais e multilaterais sobre meio ambiente e as regras sobre comércio internacional podem ser superados a partir da compreensão de que o equilíbrio ecológico é condição para a durabilidade do exercício das atividades econômicas. [...] Com efeito, em consequência às potencialidades das exigências normativas ambientais afetarem o comércio, ou do comércio afetar o meio ambiente, não há dúvida de que o juízo arbitral especializado na área ambiental possa ser útil para dirimir conflitos ambientais.

Alguns outros exemplos de uso da arbitragem na solução de conflitos ambientais são casos levados a *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) e à Organização Mundial do Comércio (OMC). Importante citar a Convenção sobre a Diversidade Biológica, advinda da RIO 92 em sua cláusula 3, a qual foi assinada pelo Brasil e ratificada através do Decreto n. 2519/98, fazendo parte da Convenção dispositivos que regulamentam a arbitragem.

Existem exemplos na legislação brasileira, como a Lei n. 9.433/97, Lei de Recursos Hídricos, a qual trouxe a arbitragem administrativa, atribuindo à agência e ao comitê de bacias os quais poderão arbitrar conflitos de uso da água:

Art. 32. Fica criado o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, com os seguintes objetivos:

II - arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos;

Art.35. Compete ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos:

II - arbitrar, em última instância administrativa, os conflitos existentes entre Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos;

Art. 38. Compete aos Comitês de Bacia Hidrográfica, no âmbito de sua área de atuação:

II - arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos;

Percebe-se a vasta experiência da utilização da arbitragem em âmbito internacional na resolução de conflitos ambientais, permitindo concluir que seu uso é viável. Assim, verifica-se nesse panorama uma propensão de ampliação do uso de resolução de conflitos ambientais, incluindo novas formas de resolução de disputas, como a arbitragem e conciliação.

Por fim, destaca-se que a utilização da arbitragem nos litígios ambientais se coaduna com os princípios do Direito Ambiental, tais como: o princípio do poluidor-pagador, onde através da arbitragem, chega-se de forma mais célere no poluidor que causou o dano e deve arcar com as consequências; obedece também ao princípio do desenvolvimento sustentável, pois leva em consideração a integração dos objetivos econômicos e sociais sem deixar de lado os ambientais.

5. A CONTROVÉRSIA SOBRE A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E A POSSIBILIDADE DO USO DA ARBITRAGEM

Como demonstrado, a arbitragem em direito ambiental vem sendo usada largamente e de forma importante no âmbito internacional. No entanto, seu uso no âmbito interno ainda permanece como uma questão controversa.

A legislação de arbitragem nacional restringiu a hipótese de sua aplicação aos direitos patrimoniais disponíveis. O art.1º da lei 9.307/96, posteriormente alterada pela lei 13.129/15, dispõe que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Desta forma, uma parte da doutrina envereda pelo caminho da impossibilidade de se utilizar a arbitragem no âmbito do direito ambiental, já que este é um direito difuso indisponível.

Pela leitura do dispositivo, o procedimento arbitral somente poderá ser utilizado nas hipóteses que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. A partir dessa premissa, de pronto, não seria possível o uso da arbitragem na reparação de danos ambientais, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é difuso e indisponível de toda a coletividade. Desta forma, não seria possível que um árbitro decidisse pela manutenção da degradação do meio ambiente.

Cunha (2021) faz a distinção entre arbitrabilidade objetiva e subjetiva. Afirma que a arbitrabilidade objetiva diz respeito à possibilidade de as partes transigirem sobre direitos disponíveis. Para esta tratativa, é exigido que as partes tenham capacidade de administração sobre os bens em controvérsia.

Já na arbitrabilidade subjetiva, esta trata sobre quem pode se submeter à arbitragem. Ensinam Cunha (2021):

A arbitrabilidade subjetiva refere-se a quem pode ser parte numa arbitragem. A legislação vale-se da expressão “pessoas capazes”. Rigorosamente, tal expressão não abrange os entes despersonalizados, a exemplo do condomínio, do espólio e das sociedades de fato. Tais entes, embora não tenham personalidade jurídica, desfrutam de capacidade. Não são poucos os doutrinadores que consideram a capacidade como a

nota definidora do conceito jurídico de pessoa. Com efeito, para muitos, o direito, ao se referir a “pessoa”, não utiliza o sentido ético da palavra, identificando-a com a capacidade jurídica. Por isso, a quem se confere personalidade, outorga-se igualmente capacidade. Em outras palavras, quem tem personalidade tem, somente por isso, capacidade jurídica. Daí por que o Código Civil brasileiro, em seu art. 1º, dispõe que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Sobre essa temática, é importante discorrer sobre a possibilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública. Existem três correntes relevantes sobre este tópico, sendo as mais aceitas aquelas que permitem a arbitragem havendo lei específica, e outra afirmando que mesmo sem lei específica, entendendo que interesse da administração pública não é sinônimo de interesse público.

Sedimentando a corrente que permite que a Administração Pública resolva conflitos através da arbitragem, a Lei 13.129, no ano de 2015, alterou a Lei da Arbitragem, passando a dispor expressamente:

Art. 1º, § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Tal entendimento já era previsto em algumas leis esparsas, prevendo expressamente a possibilidade da arbitragem pela Administração: telecomunicações (art. 93, XV, Lei n. 9.472/97); contratos *built to suit* (art. 44-A, Lei 12.462/11), exploração de petróleo e gás natural (art. 43, X, Lei n. 9.478/97); concessões (art. 23-A, Lei n. 8.987/98), parcerias público-privadas (11, III, da Lei 11.079/2004), e a Lei de Recursos Hídricos.

No entanto, apesar do inegável avanço, o uso da arbitragem pela Administração Pública exige um tratamento específico.

Primeiramente, a arbitragem nesse caso não pode ser sigilosa, em respeito ao princípio da publicidade. Já em observância do princípio da legalidade, entende-se não ser possível arbitragem por equidade, apenas a arbitragem de direito. O artigo 2º da Lei da Arbitragem traz esses requisitos:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Nesse ponto, regressando à discussão sobre a utilização da arbitragem em matéria ambiental, verifica-se que em âmbito internacional, a arbitragem vem sendo utilizada para resolver conflitos ambientais de cunho disponível ou indisponível, devendo a legislação brasileira seguir neste mesmo caminho. A indisponibilidade do bem ambiental apenas importa em impedimento quanto ao direito material, mas não impede a realização de acordos sobre o conteúdo processual ou mesmo sobre a forma de reparação do dano ambiental (SCALASSARA, 2006, p.23).

Segundo este entendimento, mesmo sendo direito indisponível, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser objeto da arbitragem. Não se trata de aceitar a disponibilização do direito ao meio ambiente, que seja permitido através da arbitragem a poluição e a degradação, mas sim que no que se refere a responsabilização civil, mesmo sendo um direito indisponível, poderá ser objeto de um procedimento arbitral, com o fito de buscar a eficiência e celeridade na busca da reparação dos danos.

Neste contexto, apenas o referente ao direito material do meio ambiente seria indisponível, porém nada impede que a arbitragem seja usada para questões que envolvessem a forma ou o prazo relativo à reparação civil.

Tal argumento permite a realização de Termos de Ajustamento de Conduta em matéria ambiental, que são muito comuns no âmbito de atuação do Ministério Público, por exemplo, não implicando em disposição do direito ao meio ambiente, apenas estabelecendo forma, prazos e sanções no caso de descumprimento. Sobre os TAC's, estes são também medidas não judiciais de solução de conflitos ambientais, assim como a arbitragem, exercendo um papel fundamental na tentativa de remediar os danos ambientais sem a participação do Poder Judiciário.

Outro exemplo de possibilidade do uso da arbitragem em matéria ambiental é no caso de danos individuais. Geralmente os fatos que geram os danos ambientais causam tanto danos coletivos quanto danos individuais, como por exemplo, alguns pescadores que obtenham seu sustento através da pesca em um rio contaminado por grande empresa, surgindo a obrigação de reparar.

Nesses casos, por se tratar de danos individuais, disponíveis e de ordem patrimonial, mesmo que proveniente de um dano ambiental indisponível, a arbitragem poderá ser utilizada.

Por fim, destaca-se que na utilização da arbitragem em âmbito do direito ambiental, sugere-se como o mais correto o mesmo tratamento específico utilizado quando presente a Administração Pública.

Por ser um direito difuso, indivisível e constitucionalmente protegido, é justo que a arbitragem seja pública, observando o princípio da publicidade, já que é um direito de todos. Assim como seja de direito, em respeito à legalidade e também pelo motivo de ser difuso.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode ignorar as vantagens da arbitragem na busca pela efetiva reparação do dano ambiental em comparação com o uso das vias judiciais. A celeridade, flexibilidade, acessibilidade e a especialidade dos árbitros contribuem para um acesso à justiça mais eficiente.

Em âmbito internacional, o uso da arbitragem em matéria ambiental já está sedimentado, com a criação de Cortes de Arbitragem a que se submetem Estados e particulares. Isto é um avanço na proteção ao meio ambiente, pois fica clara a preocupação em buscar a reparação célere de danos e o responsável pelas obrigações.

A Lei 9.307/96, chamada Lei da Arbitragem, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a regulamentação dos procedimentos arbitrais, porém, contra o que proferem diversas convenções e cortes no âmbito internacional, permite apenas a utilização em hipóteses envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, o que afastaria, em primeira visão, a possibilidade de sua utilização para solucionar conflitos que visem a reparação de danos na seara ambiental.

No entanto, conforme verificado, já existem em diversas leis esparsas a autorização para uso da arbitragem, como em telecomunicações (art. 93, XV, Lei n. 9.472/97), exploração de petróleo e gás natural (art. 43, X, Lei n. 9.478/97), parcerias público-privadas (11, III, da Lei 11.079/2004), e, em matéria ambiental, a Lei de Recursos Hídricos.

Vale ainda ressaltar a utilização dos Termos de Ajustamento de Conduta em matéria ambiental, os quais não abrem mão do direito material ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas sim regulamentam prazos, formas e condutas para a reparação.

Conforme foi disposto, entende-se pela possibilidade do uso da arbitragem para solucionar conflitos que visem a reparação ambiental, porém sugere-se a aplicação das especificidades da arbitragem aplicada quando a Administração Pública é parte, quais sejam, arbitragem pública e de direito. Destaca-se a celeridade na resolução desses conflitos, contribuindo para a prevenção do dano ao meio ambiente e para o desenvolvimento sustentável como incentivos ao uso da arbitragem que pode vir a se tornar um caminho alternativo aos meios judiciais para a resolução de conflitos ambientais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 9.307. **Lei de Arbitragem**. Brasília, Distrito Federal, 1996.

BRASIL. Lei n. 9.433. **Lei de Recursos Hídricos**. Brasília, Distrito Federal, 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRANGETTO, Flavia Witkowski. **Arbitragem ambiental: Solução de conflitos (r) estrita ao âmbito (inter) nacional?**. Campinas: Millennium Editora, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 4ª Edição. Vol. II. Atlas, 2004.

SCALASSARA, Lecir Maria. **Conflitos ambientais: o acesso à justiça e os meios alternativos de solução de conflitos**. Discurso Jurídico, v. 2, n. 2, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Jurisprudência em Teses**, edição nº 122. Brasília. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20122%20-%20Arbitragem.pdf>. Acesso em: 27 de julho de 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral do Contrato**. 4ª Edição. Vol. II. Atlas, 2004.

A dificuldade em se extrair as razões de decidir dos precedentes no Direito Brasileiro

Jucelinno Araújo Lima¹

RESUMO

Essa pesquisa tem como escopo demonstrar que há dificuldade em se extrair as razões de decidir dos precedentes no direito brasileiro. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica de renomados autores que estudam os precedentes, além da análise da legislação correlata e de estudo de casos judiciais. Inicialmente traz-se notas introdutórias sobre precedentes judiciais. Após, busca-se identificar quais fatores contribuem para a dificuldade em identificar a *ratione decidendi* dos precedentes. Em seguida, tem-se um capítulo dedicado ao estudo dos *obiter dicta* (ditos de passagem) e se há falha de aplicação nesses pronunciamentos. Conclui-se afirmando que o direito brasileiro necessita evoluir em qualidade na formação de precedentes judiciais, com razões de decidir claras e determinadas, bem como que o uso dos *obiter dicta* devem ser feitos com cautela.

Palavras-chave: Precedentes. *Ratione decidendi*. *Obiter dictum*.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRECEDENTES JUDICIAIS

O ordenamento jurídico brasileiro baseado na tradição romano-germânica (*civil law*), com prevalência da lei emanada do Poder Legislativo, aliás como todos os países que têm essa influência jurídica, vem sofrendo grande influxo da *common law*, cujo direito é baseado em precedentes judiciais.

Precedente é, segundo Fredie Didier, *a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos* (2019, p. 505). Marinoni o conceitua como *a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea deixando-a cristalina* (2016, p. 216).

¹ Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Especialista em Direito Público pela Anhanguera-UNIDERP. Procurador do Estado do Amazonas. Advogado. E-mail:jucelin nolima@gmail.com

Para Lênio Streck e Georges Abboud, *precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares* (2013, p. 42). Prosseguem afirmando que *não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem “obediência hermenêutica”*. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da *applicatio* (2013, p. 42).

O precedente tem como objetivo a previsibilidade e segurança jurídica para que o jurisdicionado, conhecedor de como se trata determinada questão, possa prever como será resolvido um processo com as mesmas características. Desse modo, o precedente responde a um princípio de justiça inserido na tradição jurídica ocidental que tem como regra que casos semelhantes devem ser decididos aplicando a mesma norma jurídica (ARROYO, 2007, p. 213).

Thamay, Garcia Júnior e Clóvis Jr advertem que (2021, p. 62):

(...) a ideia de precedente não envolve, necessariamente, a de vinculação. Ou seja, o precedente deve ser havido como tal, ainda que não haja regra – explícita ou implícita – que imponha a sua observância pelo mesmo tribunal ou pelos órgãos inferiores. (...) até o século XIX não havia, na cultura jurídica inglesa, imposição quanto à observância dos precedentes judiciais. Esta só veio a surgir com a consagração da doutrina do *staredecisis*, dando nascimento à distinção entre precedentes vinculantes e persuasivos, (...)

O respeito aos precedentes consolidou-se, naquela tradição jurídica, como um processo histórico, vinculado a razões políticas, culturais e psicológicas. (...)

Já os precedentes *vinculantes* são os pronunciamentos sobre questões de direito essenciais para o julgamento de um caso anterior (ou casos anteriores), geralmente julgados por cortes de hierarquia superior, que criam normas de observância obrigatória para os juízes que vierem a tratar de caso semelhante (BUSTAMENTE, 2018, p. 709).

Entre os precedentes vinculantes, há os constitucionais, normalmente oriundos do órgão de cúpula, a Suprema Corte de um país ou do Tribunal Constitucional, e os outros precedentes, emanados dos demais tribunais.

André Ramos Tavares apresenta esclarecimentos terminológicos e conceituais sobre as decisões constitucionais vinculantes ou precedentes constitucionais. O doutrinador informa que a expressão pode se enquadrar em diversos modelos, devendo se buscar um centro comum entre todos. Para ele (2012, n.p.):

A expressão “decisão constitucional vinculante”, contudo, é capaz de albergar um sem-número de modelos diversos. Um denominador comum a todos é, certamente, a existência de decisões, adotadas por juízes constitucionais, especialmente por tribunais constitucionais ou tribunais de cúpula, acerca do conteúdo da Constituição e da constitucionalidade de certas leis, decisões que possuem a força da obrigatoriedade para diversos órgãos estatais, em especial para o Judiciário e para a Administração Pública e, em geral, para a própria sociedade.

Há diversidade de modelos entre os países que adotam os precedentes vinculantes. Essa variação se mostra mais evidente em relação aos países com sistema baseado no direito legislado, ou da *civil law*, caso do Brasil, em que o precedente não é fruto de uma longa tradição, mas de normas constitucionais ou legais que criam o sistema interno de precedentes judiciais vinculantes baseados na história e no nível de discussão e aprimoramento acerca do papel da justiça constitucional e do Estado de Direito. Então, são os legisladores que ditaram as características do modelo de decisão constitucional vinculante nesses países (TAVARES, 2012, n.p.).

Além disso, alguns países adotam uma justiça constitucional concentrada e abstrata enquanto outros, uma descentralizada, sendo que neste último caso a obrigatoriedade se restringe às decisões do órgão jurisdicional de cúpula, isso porque o juízo constitucional vinculante é restrito, não admitindo descentralização. Desse modo, a diferença entre o primeiro caso, baseada no modelo de Hans Kelsen, e o segundo, de influência norte-americana, levará a diferenças em relação à compreensão do conceito de decisão constitucional vinculante (TAVARES, 2012, n.p.).

O marco teórico geral para se abordar a questão é, anda segundo André Ramos Tavares, o pensamento de Kelsen sobre justiça constitucional. Em seu célebre discurso na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, Kelsen defendeu que, embora não se possa pensar em soluções uniformes universais de jurisdição constitucional, é possível esboçar condições de caráter geral (2012, n.p.).

Assim, as decisões constitucionais vinculantes estão baseadas no pressuposto de que o objetivo de todos os modelos desse tipo de decisões é o mesmo, qual seja, a unidade do direito, regra implícita da vedação de decisões constitucionais contraditórias, e fundamentado no Estado Constitucional de Direito tendo como órgão de tutela da Constituição a justiça constitucional (TAVARES, 2012, n.p.).

Renato Herani assevera que a vinculatividade é essencial aos precedentes. Sem a força obrigatória não se alcança eficácia na jurisdição constitucional. Apesar de ser inegável essa ideia, por outro lado é de difícil implementação, visto que condicionada *está aos fatores reais do sistema de proteção da Constituição e do poder político que cada sociedade lhe outorga dentro da divisão das funções do Estado* (2017, p. 44).

Nesse passo, observa-se uma abertura para a obrigatoriedade geral das decisões judiciais decorrente do consenso de que o efeito *erga omnes* e a força vinculante são necessárias para dar autoridade normativa à justiça constitucional com o fim desta assumir seu relevante papel na consolidação da democracia (HERANI, 2017, p. 44).

André Ramos Tavares chama a atenção de que a ideia de precedente está ligada a casos concretos. Segundo ele (TAVARES, 2012, n.p.):

Assim, será equivocado falar em precedente vinculante para representar decisões adotadas pela Justiça Constitucional de matriz kelseniana. Na realidade, a ideia de precedente liga-se, fortemente, à discussão de casos concretos. E todo precedente, nesse sentido tradicional, é vinculante, nos termos apresentados. Ao contrário, na Justiça Constitucional abstrata, a decisão é, necessariamente, vinculante para o futuro, para todos, pois o processo não apresenta partes no sentido processual tradicional. Ademais, é a própria

decisão (inconstitucionalidade/constitucionalidade) que, primariamente, apresenta a nota de vinculante, para além de seus fundamentos ou raciocínios utilizados.

É importante, por fim, diferenciar precedente de jurisprudência. Segundo Abellán, *precedente* é uma regra de decisão em um caso particular suscetível de ser universalizada; o que se chama *jurisprudência*, por sua vez, é um conjunto de pronunciamentos sobre a interpretação correta de um preceito legal proveniente de uma multiplicidade de decisões (ABELLÁN, 2016, p. 265).

Nessa linha, Donizetti entende que precedente é *uma regra universal passível de ser observada em outras situações* enquanto o termo jurisprudência é *utilizado para definir as decisões reiteradas dos tribunais, que podem se fundamentar, ou não, em precedentes judiciais* (DONIZETTI, 2022, p. 1191).

O precedente judicial vem ganhando força no direito brasileiro, principalmente após a entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015. No entanto, é importante identificar claramente as razões de decidir dele para que se possa aplicá-lo correta e adequadamente.

2. RATIODECIDENDI (RAZÕES DE DECIDIR)

A fundamentação está diretamente relacionada com a necessidade de o julgador apresentar as razões que lhe fizeram chegar ao convencimento contido na decisão. A fundamentação permite ao vencido entender os motivos de sua sucumbência e, querendo, levar a questão à instância superior para análise, desde que combatidas aqueles motivos. Permite, ainda, ao órgão julgador do recurso avaliar o acerto ou desacerto da decisão (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 491).

Desse modo, não é suficiente o convencimento do juiz, mas ele deve demonstrar as razões dessas convicções, permitindo o controle da atividade jurisdicional por qualquer pessoa, sendo essencial à legitimação da decisão. A fundamentação das decisões é dever do julgador e garantia constitucional nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição da República².

No direito brasileiro, por ainda não ter um sistema de precedentes solidificado, não se pensa na fundamentação da decisão como material que pode levar a uma *ratiodecidenti*. Na tradição da *common law* a fundamentação da decisão é dirigida aos jurisdicionados em geral, dando previsibilidade e estabilidade à ordem jurídica, enquanto na *civil law* ela tem uma importância geralmente menor, restrita às partes (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 491).

Uma técnica jurídico-processual que se funda na importância dos precedentes é a da *extensão da eficácia vinculante*, para além do dispositivo, à *fundamentação*. A técnica da eficácia vinculante da fundamentação se baseia na ideia de que os fundamentos também devem

2 CRFB, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

adquirir estabilidade, ser realçados e externados com força vinculante. Essa técnica é de extrema importância, por exemplo, para que a corte constitucional cumpra efetivamente seu papel (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 491).

Sabendo-se da importância da fundamentação e da necessidade de se atribuir força vinculante a ela para estabilidade do direito, necessário indagar o que vincula, qual norma obrigatória é extraída dos precedentes. Para isso, é necessário o conhecimento de dois elementos muito importantes de uma decisão judicial: a *ratiodecidenti* (razões de decidir) e o *obiter dictum* (dito de passagem).

O uso adequado desses institutos (por quem os emite e por quem tem a obrigação de cumprir o precedente) é essencial para a segurança jurídica. Por outro lado, o seu mau uso causa problemas entre instância ordinária e constitucional, além de afetar o que o jurisdicionado espera da Justiça. Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 492):

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes, não necessárias nem suficientes à decisão do caso.

André Ramos Tavares leciona que não é dispositivo da decisão que se torna precedente, mas os fundamentos e a razão de decidir é que deverão ser seguidos nas decisões seguintes, como paradigma, como diretriz do *decisum* (TAVARES, 2012, n.p.). Com efeito, a norma jurídica que fundamenta a decisão tomada são as razões de onde se estabelecem os princípios e regras jurídicas que se constituem a base da resolução da lide.

Um dos problemas que se encontra é determinar qual parte da decisão constitui a *ratiodecidenti*, que é o que realmente obriga, diferenciando-a do *obiter dictum*, que é uma razão subsidiária que oferece reflexões para fundamentar a decisão, mas que não faz parte da norma obrigatória (ARROYO, 2007, p. 218). Essa diferenciação é imprescindível, segundo Arroyo Landa, para evitar confusão, de modo que o conteúdo e o escopo não sejam deixados à livre interpretação do órgão jurisdicional inferior (2007, p. 218).

A *ratiodecidenti* está presente dentro da fundamentação. É da análise dela que se individualiza os fundamentos determinantes da decisão. O motivo determinante é aquela premissa sem a qual não se chegaria à decisão. Esse motivo, em razão de sua imprescindibilidade, constitui a *ratiodecidenti*. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 492).

A generalidade é um dos graves problemas da *ratiodecidenti*. O objetivo do precedente é ser mais determinado que a norma legal, mas de todo modo não fugirá à interpretação. Quanto mais determinado for o precedente, menos liberdade terão os juízes e tribunais em sua aplicação; a contrário senso, sendo menos determinado, haverá maior liberdade. Não sendo precisas as razões de decidir, caberá aos juízes a interpretação, o que leva a novas discussões, o que causa a perda da função do precedente (MELLO, 2015, p. 47).

Essa dificuldade pode ser explicada, em parte, porque o texto é diferente da norma. Para Georg Gadamer interpretar sempre foi também aplicar, sendo a tarefa da interpretação a

concretização da lei ao caso concreto. Desenvolvido durante a plena vigência das ideias de Gadamer e de Martin Heidegger, o *método normativo-estruturante* parte da premissa de que há uma implicação entre o programa normativo e o âmbito normativo, ou seja, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles regulam (COELHO, 2011, p. 50).

Discorrendo sobre a normatividade, a norma e o texto da norma, Friedrich Müller defende que a normatividade pertencente à norma não é produto do texto, mas de dados extralinguísticos de tipo estatal-social, do funcionamento efetivo e da atualidade efetiva do ordenamento jurídico perante motivações empíricas, de fatores impossíveis de fixar no texto da norma (COELHO, 2011, p. 50).

Assim, prossegue Müller afirmando que não o teor literal de uma norma que efetivamente regulamenta o caso analisado, mas os sujeitos que elaboram, publicam e fundamentam a decisão é que providenciam sua implementação fática em conformidade com o fio condutor da norma, além de se utilizar de outros meios auxiliares para sua concretização (COELHO, 2011, p. 50).

Para Müller, isso comprova a não identidade entre texto e norma, a não vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado pelo órgão competente. Reforça esse entendimento a qualidade jurídica do direito consuetudinário, a que não se põe em dúvida, apesar da ausência de norma positivada (COELHO, 2011, p. 50).

No âmbito do direito vigente a normatividade extraída das decisões não está orientada apenas pelo texto da norma, muito ao contrário, as decisões são elaboradas e aplicadas com colaboração de outros materiais legais, manuais didáticos, comentários, monografias, precedentes e subsídios do estudo comparado, que não são iguais aos textos da norma, algumas vezes até o transcendem, conclui Müller (COELHO, 2011, p. 50).

Desse modo, para Müller, o teor literal de qualquer texto do direito positivo é apenas a *ponta do iceberg*, sendo todo o restante, a parte mais significativa. O que o intérprete deve levar em consideração para aplicar o direito é a *parte normada*, na expressão de Miguel Reale (COELHO, 2011, p. 50). Daí se depreende que o método normativo-estruturante defende a ausência de identidade entre a norma jurídica e o texto (programa normativo), devendo o intérprete se valer da realidade social (domínio normativo) para realizar a tarefa de extração do significado da norma (MENDES, BRANCO, 2021, p. 42).

Konrad Hesse reflete essa linha de pensamento quando afirma que a interpretação constitucional é concretização, é precisamente o que não aparece no texto, de forma clara, mas que deve ser determinado mediante análise da realidade, ainda mais quando o texto da norma é genérico, incompleto ou indeterminado. A norma precisa de concretização, juntando-se ao conteúdo normativo as peculiaridades concretas das relações sociais, sob pena de se fracassar na tarefa que o intérprete é chamado a solucionar (COELHO, 2011, p. 50).

Um outro ponto que não colabora para a facilidade de extração da *ratio decidendi* das decisões, aqui tratando do Supremo Tribunal Federal, é o fato de os Ministros, em alguns julgados, concordarem com o resultado, mas não deixarem claras suas razões, por vezes até mesmo contraditórias com os fundamentos apresentados pelo voto vencedor.

Na Reclamação n.º 1.987, por exemplo, abriu-se ensejo à afirmação da tese da transcendência dos motivos determinantes da decisão. A *eficácia transcendente da motivação* é aquela oriunda da fundamentação contida na análise de um caso cujas particularidades são similares às já decididas, necessitando das mesmas razões para solução das questões de

direito. Conquanto não se negue que cada caso possui peculiaridades próprias, a substância é mesma, devendo ser aplicados os mesmos motivos determinantes de outro precedente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 493).

O reclamante alegou que o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT10) desrespeitou decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.662 ao determinar sequestro de verba do Distrito Federal para pagamento de precatório.

A ADI 1662 foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Instrução Normativa n.º 11/1997 – Tribunal Superior do Trabalho – TST, que autorizava outras formas de sequestro além da prevista na Constituição. Ficou firmado o entendimento que a Emenda Constitucional n.º 30/2000 não alterou a sistemática dos sequestros no âmbito dos precatórios, decidindo-se que a Constituição somente o autoriza em caso de preterição do direito de preferência, não havendo outras hipóteses de incidência.

Ocorre que o Presidente do TRT10, para realizar o sequestro, não se fundou na IN 11/1997 – TST, mas na EC 30/2000. Nesse cenário a reclamação não poderia ser julgada procedente fundamentada na situação de o TRT10 ter desrespeitado a parte dispositiva do julgado na ação direta, mas em seus fundamentos determinantes. O STF se viu obrigado a decidir se os motivos determinantes constantes do julgamento da ADI 1662 teriam transcendência sob pena de se permitir que uma instância julgadora inferior desrespeitasse a decisão vinculante.

Após acirrada discussão entre os ministros, a reclamação foi julgada procedente, por maioria. Consta em trecho do acórdão na parte que aqui interessa:

Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

STF, Rcl 1.987, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004.

O Ministro Carlos Velloso deixou consignado: *Não me oponho, Sr. Presidente, a esse efeito vinculante, que considero inerente à natureza da decisão proferida na ação direta. (...) Deve ficar claro, entretanto, que o efeito vinculante está sujeito a uma limitação objetiva: o ato normativo objeto da ação, o dispositivo da decisão vinculante, não os seus fundamentos.* O Ministro, embora tenha registrado que o efeito vinculante é inerente à natureza da ação direta, ressalta que esse efeito incide apenas sobre o dispositivo, não sobre os fundamentos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 494).

O Ministro Marco Aurélio afirmou que a atribuição de efeito vinculante à fundamentação seria equivalente a dizer que haveria coisa julgada em relação aos motivos determinantes.

O Ministro Carlos Aires Brito proferiu seu voto acompanhando o relator, no entanto fez a ressalva de que fosse observado o limite objetivo da reclamação.

Essa falta de clareza nas razões determinantes causa um prejuízo ao aplicador, ao intérprete e à sociedade. Há muita complexidade para se extrair a *ratio decidendi* nesses casos. Ao se analisar o resultado da reclamação, julgada procedente, se imagina que o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese da transcendência dos fundamentos da decisão em ação concentrada, mas isso valeu apenas àquele caso. Com efeito, em decisões posteriores, o STF reafirmou o entendimento de não acolhimento da tese (STF. Rcl 2.363, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2005 e Rcl 2.475-AgRg/MG, Pleno, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, DJe 31.01.2008).

Essa rejeição pelo Supremo Tribunal Federal, da eficácia transcendente da fundamentação em sede concentrada de controle de constitucionalidade, é mais uma barreira em busca da eficácia do sistema de precedentes. Países como Peru, Colômbia e Argentina tem praticado a vinculatividade da *ratio decidendi* como regra básica, mas a Corte Maior brasileira, por questões de economia processual, a fim de evitar um aumento no número de reclamações no tribunal, entende que apenas o dispositivo do julgado é obrigatório (HERANI, 2017, p. 55).

Para Renato Herani, a persistente resistência a essa evolução dificulta que se possa falar em uma doutrina brasileira de precedentes. O autor entende que continuará assim enquanto o Supremo Tribunal Federal tiver interesse maior no controle de demandas da Justiça Constitucional em detrimento da promoção dos objetivos buscados pelo uso de precedentes. E isso faz diferença tomando o precedente em uma dimensão procedimental, *inserido num modelo burocrático, autoritário e vertical da administração da justiça* (2017, p. 55).

Michele Taruffo chama atenção para esse desvirtuamento, alertando que quando se começa a pensar em precedentes não como um princípio de igualdade ou de confiabilidade do sistema jurídico, mas principalmente como uma ferramenta de economia do sistema, valores originais são deixados de lado, focando-se em fator menos importante. Taruffo levanta a necessidade de se mudar de perspectiva em relação aos precedentes, atribuindo maior valor à isonomia e menos à sobrecarga de trabalho nos tribunais (2012, p. 89).

3. OBITER DICTUM

Os teóricos têm desenvolvido diversos trabalhos sobre os métodos de identificação do elemento vinculante de um precedente, no entanto o estudo do *obiter dictum* é pouco abordado. É o que afirma Thomas Bustamante. Segundo ele, o conceito de *obiter dictum* é determinado pela doutrina, normalmente, de modo negativo, ou seja, como o pronunciamento que não se constitui a *ratio decidendi* e, por isso, não tem caráter autoritativo (2018, p. 714).

O autor rechaça essa forma negativa de definir *obiter dictum*. Para ele os propósitos dos dois tipos de pronunciamentos judiciais são diferentes: a *ratio decidendi* é elemento necessário à uma decisão enquanto o *obiter dictum* ultrapassa o caso concreto, ele é geral. Mesmo que não seja um ato decisório, os *obiter dicta* são atos de fala judiciais, se caracterizando como um importante componente performativo, gerando consequências diversas no mundo jurídico (2018, p. 716).

Bustamante apresenta um conceito amplo de *obiter dictum*, entendido como (2018, p. 722)

Um pronunciamento público e oficial de uma autoridade ou órgão do Poder Judiciário, normalmente realizado no curso de um processo judicial, sobre uma questão jurídica controvertida, normalmente capaz de influenciar decisões jurídicas posteriores do Judiciário ou de outras instituições jurídicas e de gerar razões para novos argumentos jurídicos.

Ravi Peixoto aponta que *obiter dictum* são argumentos jurídicos apresentados de passagem para motivar a decisão. Eles revelam (a) *juízos normativos acessórios, provisórios e secundários*; b) *impressões ou qualquer elemento jurídico-hermenêutico que não tenham influência relevante para a decisão*; c) *opiniões jurídicas adicionais e paralelas* (2015, p. 398).

Como são argumentos acessórios para o deslinde da causa, os *obiter dicta* não podem ser utilizados com força vinculante (DONIZETTI, 2022, p. 1173). Mas o que se tem visto não raramente é exatamente o contrário disso. André Roque chama a atenção de que *argumentos secundários, que constituem apenas obiter dictum, são alçados de uma hora para outra a ratio decidendi e aplicados sem maior reflexão a outros casos que não lhe diziam respeito*, sendo prejudiciais à formação de um sistema de precedentes (ROQUE, In: ARRUDA ALVIM, 2015, p. 31).

Situação mais crítica é a que ocorre quando o Judiciário não está autorizado a se manifestar sobre determinado tema e o faz, causando o *obiter dictum* abusivo. Os membros do Poder Judiciário *não têm autoridade moral para se pronunciar* nos casos em que essas manifestações *geram efeitos sistêmicos indesejados e podem interferir em decisões que o Poder Judiciário não tem legitimidade para tomar* (BUSTAMANTE, 2018, p. 716).

Bustamante alerta que *nesses casos, os juízes podem comprometer, de maneira autoritária, em vez de autoritativa, o funcionamento das outras instituições*. Exemplo de *obiter dictum* abusivo são os pronunciamentos que não são reforço argumentativo, mas uma tomada de posição explícita em tema sobre o qual sociedade está dividida e pendente de discussão em esferas políticas que detenham legitimidade para deliberar sobre a matéria, normalmente o Legislativo (2018, p. 725).

Quando julgadores trazem questão de direito que interfere em outro processo judicial específico, quando antecipam um julgamento; ou, ainda, quando vão além da interpretação do direito para ingressar em julgamentos pessoais não adequados ao caso concreto também ocorre o *obiter dictum* abusivo (2018, *passim*).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Juízes e tribunais devem ter em mente que o ordenamento jurídico determina a aplicação da lei emanada do Poder Legislativo e das decisões vinculantes das cortes superiores, no caso das de *status* constitucional, as oriundas do Supremo Tribunal Federal, em sua atuação como corte constitucional. Há ainda precedentes vinculantes oriundos de qualquer tribunal, que obrigam na jurisdição da Corte que o emanou.

Isso porque cabe ao julgador aplicar a norma obrigatória cuja fonte é um órgão legitimado pelo sistema para emití-la. Não é dado à juízes e tribunais afastar normas vinculantes, a não ser que sejam inconstitucionais. Havendo precedente vinculante, este deve ser aplicado quando o caso sob análise tenha os mesmos elementos identificadores.

Por outro lado, não se pode negar que a generalidade ou indeterminação da *ratio decidendi* dos precedentes contribui para gerar dúvidas, cria outros debates sobre a mesma matéria já decidida, e leva à utilização dos *obiter dictum*, às vezes proferido por um único membro da Corte e que não compõe a norma criada para se resolver os casos futuros, o que torna o precedente sem valor.

Essa falta de cultura no direito brasileiro não tem explicação apenas pelas raízes romano-germânicas, baseado na lei elaborada pelo Parlamento, mas principalmente pela falta de razões de decidir claras e precisas, pelo uso indevido dos *obiter dicta* como se fossem *ratio decidendi*, e pela falta de coerência dos tribunais, tanto na formação quanto na aplicação de seus próprios precedentes vinculantes.

Desse modo, o direito brasileiro tem que evoluir seu sistema de precedentes, com avanço na qualidade da produção dessas decisões vinculantes. As razões de decidir, por exemplo, devem ser claras e precisas, identificando os elementos do paradigma a fim de ser utilizado corretamente em casos semelhantes posteriores.

Em um país onde as demandas judiciais crescem exponencialmente a cada dia, incluindo demandas de massa, um sistema bem montado de precedentes é importante ferramenta para a solução rápida de litígios semelhantes, auxiliando o Judiciário, prestigiando a isonomia e garantindo a segurança jurídica e a eficiência da Justiça.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. **Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo**. Teoría jurídica contemporánea, jul. dez., 2016.

ARROYO, Cesar Landa. **Los precedentes constitucionales, Cuestiones Constitucionales**, México, 2007, p. 173-216.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. – Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.

BELAUNDE, Domingo García. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. Anuario ibero-americano de justicia constitucional, Madrid, n. 3, 1999, p. 121-156.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil** – v. 2: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos. 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A dificuldade de se criar uma cultura jurídica argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos**, Rev. GV, vol. 14, n. 2. São Paulo, mai-ago. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. rev., atual., e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 25. Ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

HERANI, Renato Gugliano. **Por uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais**. RBEC, n. 37, p. 37-58, jan. abr., 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: RT, 2019.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil**. Universitas JUS, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015.

MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP).

ROQUE, André Vasconcelos. **O dever de fundamentação analítica no novo CPC e a normatividade dos princípios**. In: ARRUDA ALVIM, Thereza, et. al. (coord.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: laprogresivaconvergencia de lossistemas americano y europeo-kelseniano**. México: UNAM, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARUFFO, Michele. **El precedente judicial en los sistemas de civil law**. Revista Ius et Veritas, n. 45, dez., 2012, p. 88-95.

TAVARES, André Ramos. **O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante**. In: Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

THAMAY, Rennan. GARCIA JÚNIOR, Vanderlei, FROTA JR, Clóvis Smith. **Precedentes judiciais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TOCCI, María L. G. **Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**. Revista Jurídica UCES, 2014, p. 139-155.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Conceito analítico de crime: o debate doutrinário entre as teorias bipartida e tripartida



Lázaro Apopi Ferreira da Silva de Queiroz¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo dogmático no conceito analítico de crime e em seus elementos essenciais à caracterização de um fato punível. Existe um intenso debate entre os teóricos e doutrinadores do direito penal acerca do conceito analítico de crime, devido às teorias e correntes doutrinárias que existem acerca deste tópico e discordam entre si, principalmente, no que tange aos elementos que formam o fato punível. Logo, para se compreender melhor este assunto, inicialmente será abordado o conceito analítico de crime segundo cada teoria, em seguida será exposto os fundamentos e antecedentes de cada corrente doutrinária, de modo a possibilitar um entendimento maior e mais profundo sobre o assunto.

Palavras-chave: Crime. Teorias da Ação. Fato Punível. Bipartido. Tripartido.

1. INTRODUÇÃO

O conceito analítico de crime é um tema de extrema importância no âmbito jurídico, sendo fundamental compreender as diferentes vertentes que o abordam. Afinal, o estudo do direito penal por si só, é um estudo complexo e repleto de diferentes vertentes e entendimentos, logo não poderia ser diferente com o conceito analítico de algo tão central na esfera penal quanto o crime.

Torna-se necessário aprofundar e analisar com calma os conceitos, fundamentos e entendimentos de cada uma dessas teorias e vertentes que formam o conceito analítico de crime. Portanto será realizado, ao longo deste artigo, um estudo dogmático sobre o conceito analítico de crime e sobre as características que formam o fato punível, de modo que seja possível compreender, não apenas o conceito de crime, mas também quais os elementos essenciais e indispensáveis para caracterizar um fato punível, segundo cada corrente.

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Público pela UEA. Pós-graduado em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Estácio. Bacharel em Direito pela Uninorte. E-mail: adv.apopi@gmail.com.

Para atingir tal feito será utilizado o arcabouço teórico-prático disponibilizado pela doutrina jurídica e por artigos científicos, de modo a identificar os pensamentos, conclusões e opiniões de alguns dos principais doutrinadores e pesquisadores acerca do tópico em questão.

2. CONCEITO DE DIREITO PENAL

Antes de entrar nos conceitos de crime, é essencial buscar uma definição para o Direito Penal, visto que buscamos analisar o conceito do principal objeto de estudo do direito penal, de modo que faz-se necessário uma breve ponderação sobre o Direito Penal em si.

Segundo Bitencourt, o Direito Penal é aquela parte do ordenamento jurídico que define as características da ação criminosa, impondo-lhe penas ou medidas de segurança, como ensinava Welzel. De acordo com Mezger, o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência (Bitencourt, 2017, p. 38).

Atualmente, o Direito Penal deve ser interpretado à luz da Constituição vigente, levando em consideração a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e orientando todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, o crime passa a ter um conteúdo material e uma construção social, além de ocorrer uma limitação do poder punitivo do Estado, que deve se restringir à proteção de bens jurídicos relevantes.

Como consequência desse fundamento constitucional, o Direito Penal deve ter uma intervenção mínima, ou seja, atuar somente quando os demais ramos do direito se mostrarem ineficazes. Assim, tem uma atuação fragmentária, conforme mencionado por Eduardo Medeiros Cavalcanti (2005, p. 302, citado por Bitencourt, 2017, p. 75): “o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do direito penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade”.

Como se deduz do conceito, o Direito Penal tem o objetivo de proteger os bens jurídicos mais importantes, como a vida, liberdade, dignidade e honra, revelando seu caráter fragmentário. Ou seja, não visa criar delitos para proteger todos os bens jurídicos. Nessa perspectiva, Capez traz uma definição que se alinha com a configuração atual do Direito Penal:

“O direito penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhe, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação (CAPEZ, 2017, p. 17)”.

3. CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

A criminalidade em nossa sociedade é um fenômeno social e uma realidade presente no cotidiano da população. Não pode ser considerada apenas como um conceito imutável, estático e único no espaço e no tempo. Ao longo do tempo, o conceito de crime evoluiu e mudou. Atualmente, o Código Penal não inclui uma definição precisa do que constitui um crime, cabendo a elaboração desse conceito à doutrina.

Como resultado, o crime passou a ser conceituado de diferentes maneiras pelas diversas escolas penais, que geraram vários conceitos e subdivisões. Surgiram assim os conceitos material, formal e analítico.

O conceito formal considera crime toda conduta contrária à norma penal, abrangendo qualquer ato humano proibido pela lei penal. Além disso, esse critério leva em conta a perspectiva do legislador, que nos direciona sobre o que constitui crime em relação à infração penal. De acordo com o legislador, crime é qualquer fato que acarrete pena de reclusão ou detenção.

Já o conceito material se refere à ação ou omissão que cause dano a um bem jurídico protegido pelo direito penal. Esse critério considera o prejuízo causado às vítimas, que são titulares de direitos e garantias constitucionais tuteladas pelo direito penal. Essa abordagem está voltada para as políticas criminais que auxiliam o legislador na tipificação de determinadas condutas que ameacem qualquer bem jurídico tutelado. No entanto, é necessário respeitar o princípio da intervenção mínima do Estado, ou seja, o direito penal só deve ser aplicado em última instância, lidando apenas com causas de relevante periculosidade social, nas quais outros ramos do direito não são mais suficientes.

Para entender o conceito analítico de crime é necessário compreender que existem duas vertentes distintas que tratam do assunto: a Teoria Bipartida e a Teoria Tripartida. Compreender as diferenças entre essas duas teorias é fundamental para uma análise aprofundada do conceito de crime e sua aplicação no âmbito jurídico.

De acordo com a Teoria Bipartida, o crime é caracterizado como um fato típico e antijurídico. Em outras palavras, o crime é um ato ilícito, um ato que viola a lei, sendo a culpabilidade do ocorrido um elemento que meramente fundamenta a imposição da pena. Diferente da outra teoria, aqui a culpabilidade é entendida apenas como um requisito para a aplicação da sanção penal, para determinar a dosimetria da pena a ser imposta ao infrator.

Já na Teoria Tripartida, o crime é definido como um fato típico, antijurídico e culpável. Ao contrário da Teoria Bipartida, essa abordagem considera que a culpabilidade é um dos elementos necessários para caracterizar um crime, visto que aqui ela é entendida como a reprovação do autor do crime, baseada em critérios como a capacidade de entender a ilicitude do ato e a possibilidade de agir de acordo com esse entendimento.

Ambos os conceitos são fortemente influenciados pelas Teorias da Ação, sendo que destas as mais relevantes para o conceito analítico de crime são: a Teoria Causalista e a Teoria Finalista.

3.1. Teorias da ação e o conceito analítico de crime

Teoria Clássica, causalista, naturalista ou mecanicista: concebida por Franz Von Liszt e defendida por Ernst Von Beling e Radbruch. De acordo com essa teoria, “a estrutura do crime estava dividida em três partes: fato típico + antijuridicidade (ou ilicitude) + culpabilidade. A primeira parte, ou seja, o tipo, abarcava apenas os aspectos objetivos do crime, enquanto a culpabilidade era de natureza subjetiva (dolo e culpa), ou seja, a parte externa do crime encontrava-se no tipo e a interna, na culpabilidade”. Atualmente, essa teoria está superada, alcançando seu auge nos séculos XIX e início do XX.

Teoria Neoclássica, neokantista ou causal-valorativa: representou um aprimoramento da teoria clássica. Introduziu-se um conceito de ação, que além de ser naturalista, também é normativo. Conforme ponderam Gomes e Molina: “Apesar de toda a ênfase dada ao aspecto valorativo do Direito penal (que não é uma ciência naturalista, mas sim valorativa), no que se refere à estrutura formal da tipicidade, pouco foi alterado: ela continuou a ser predominantemente concebida como objetiva. A tipicidade penal, para o neokantismo, é uma tipicidade objetiva e valorativa. O aspecto subjetivo da tipicidade só foi admitido (alguns anos depois) com o finalismo de Welzel”.

Teoria Finalista: criada por Hans Welzel no início da década de 1930, defende que a conduta é “o comportamento humano consciente e voluntário, direcionado a um fim”. Daí o seu nome finalista, levando em consideração a finalidade do agente. Na teoria finalista, o dolo e a culpa, anteriormente considerados elementos da culpabilidade, passaram a ser elementos da conduta, integrando o fato típico. No sistema finalista, a culpabilidade passou a compreender apenas a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Teoria Social: criada por Johannes Wessels e com o principal adepto Hans-Heinrich Jescheck. Essa teoria destaca a importância da análise da relevância social da conduta na configuração do fato típico, sem desprezar os postulados finalistas. Segundo essa abordagem, uma conduta socialmente adequada não pode ser considerada típica, mesmo que atenda aos demais requisitos inerentes ao fato típico.

Teoria Funcional: surgiu na década de 1970, tendo Claus Roxin como principal representante. Essa teoria considera o fato típico sob uma tríplice dimensão: a) objetiva; b) normativa; etc) subjetiva. Segundo Gomes e Molina, “o que o funcionalismo acrescentou como novidade à teoria do tipo penal foi a imputação objetiva, que faz parte da segunda dimensão (normativa ou valorativa) do tipo penal”. O funcionalismo não substituiu o finalismo, mas o complementa, adicionando ao fato típico uma dimensão normativa autônoma representada pela imputação objetiva. Portanto, de acordo com Gomes e Molina, com o funcionalismo: “O tipo penal passou a incluir a imputação objetiva (dimensão normativa do tipo), que se expressa por meio de duas exigências: a) apenas é imputável penalmente a conduta que cria ou aumenta um risco proibido (desaprovado juridicamente); b) apenas é imputável ao agente o resultado que é uma consequência direta desse risco”. No modelo de funcionalismo defendido por Roxin, “a conduta torna-se uma categoria pré-jurídica (lógico-objetiva), que não pode ser compreendida apenas como um fenômeno causal ou finalista, mas inserida em um contexto social ordenado pelo Estado por meio de uma estratégia de políticas criminais”. Outra vertente da teoria funcional é apresentada na obra de Günter Jakobs, que define a ação como resultado individualmente evitável. Nessa perspectiva, o funcionalismo defendido por esse autor parte do pressuposto de que a função do direito penal é proteger a norma penal, e a construção teórica subjacente deve buscar a realização dessa função. O funcionalismo também é identificado no pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni, influenciando principalmente a concepção de tipicidade (por meio da teoria da tipicidade conglomerante), pois, segundo esse autor, “o tipo objetivo divide-se em tipo objetivo sistemático (requisitos formais) e tipo objetivo conglomerante (que trata da conflitividade da conduta, bem como sua atribuição ou imputação ao agente)”.

Resumindo, essas correntes funcionalistas, em geral, partem do princípio de que a sociedade é um sistema e o direito penal é um subsistema criado para cumprir funções espe-

cíficas. Após apresentar de maneira geral as principais teorias da ação, que não se limitam apenas a analisar a conduta como um elemento integrante do fato típico, mas também influenciam outras variáveis que compõem a estrutura do crime, como a tipicidade e a culpabilidade, é possível estabelecer uma relação entre essas teorias e o conceito analítico de crime. É importante salientar que o conceito tripartido de crime não é incompatível com a teoria finalista, uma vez que ele representa melhor o pensamento dessa corrente. Afinal, como ensina Cleber Masson, é equivocado afirmar que a adoção de um conceito tripartido de crime necessariamente implica a adesão à teoria clássica ou causal da conduta. Tanto os clássicos (causalistas) quanto os finalistas podem aceitar um conceito tripartido de crime. Hans Welzel, criador do finalismo penal, definia o crime como fato típico, ilícito e culpável.

A diferença principal entre os clássicos e os finalistas reside no fato de os finalistas considerarem o dolo e a culpa como elementos integrantes da conduta, enquanto os clássicos os consideram integrantes da culpabilidade. Tanto o conceito bipartido quanto o conceito tripartido de crime são compatíveis com o finalismo. Porém, o causalismo é compatível apenas com o conceito tripartido, uma vez que situa o dolo e a culpa dentro da culpabilidade, e a culpabilidade não integra a estrutura do crime no conceito bipartido.

Na doutrina brasileira atual, há uma clara divisão entre os finalistas estritamente alinhados ao pensamento de Welzel, que adotam o conceito tripartido de crime, e os finalistas dissidentes, que adotam o conceito bipartido. Portanto, o finalismo ainda é a teoria dominante na doutrina nacional. No entanto, o funcionalismo, principalmente na vertente defendida por Claus Roxin, tem ganhado considerável espaço na doutrina brasileira com a teoria da imputação objetiva, que interfere na noção de tipicidade. Roxin define o crime como composto por três requisitos: tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade. A culpabilidade, nessa visão, assim como no finalismo tripartido, é um elemento componente da estrutura do crime, estando dentro da responsabilidade.

A teoria da imputação objetiva propõe um certo esvaziamento da conduta (plano subjetivo do tipo), considerando que muitos problemas de imputação que antes deveriam ser resolvidos pela análise da presença do dolo ou da culpa, sob a visão da imputação objetiva podem ser solucionados com a análise da tipicidade, afastando-se, nesse ponto, do finalismo. Além disso, fatos que sob a luz do finalismo só poderiam ser afastados pelo reconhecimento de excludentes de ilicitude passam a ser considerados atípicos sob a ótica da imputação objetiva.

A teoria da tipicidade conglobante de Eugenio Raúl Zaffaroni também tem ganhado força na doutrina brasileira, mas não influencia diretamente a discussão entre os conceitos bipartido e tripartido de crime, uma vez que Zaffaroni também defende a concepção de que o crime é fato típico, antijurídico e culpável.

No Brasil, o Código Penal adota uma abordagem claramente finalista em sua estrutura, sendo influenciado pelas premissas de Welzel. No entanto, essa conclusão não favorece exclusivamente a corrente bipartida ou tripartida, pois ambas são compatíveis com a teoria finalista da ação.

Os adeptos da corrente bipartida argumentam que a adoção do conceito tripartido de crime traz uma sobreposição de elementos entre a tipicidade e a culpabilidade, tornando a estrutura do crime mais complexa e confusa. Segundo essa visão, a tipicidade deveria abranger apenas os elementos objetivos do tipo penal, enquanto a culpabilidade deveria tratar exclusivamente dos aspectos subjetivos, como o dolo e a culpa.

Já os defensores da corrente tripartida argumentam que a adoção desse conceito permite uma melhor compreensão da estrutura do crime, especialmente ao incluir a culpabilidade como elemento integrante. Eles acreditam que a culpabilidade é fundamental para a análise da reprovação do agente e para a aplicação de penas adequadas, considerando a sua culpabilidade subjetiva.

No entanto, é importante ressaltar que a discussão entre o conceito bipartido e tripartido de crime não é uma questão de consenso absoluto na doutrina jurídica. Há diferentes perspectivas e abordagens, e o debate continua em andamento. Cada corrente apresenta argumentos e fundamentos teóricos que sustentam sua posição, e cabe aos estudiosos e juristas avaliar e discutir essas diferentes concepções.

Em resumo, enquanto o conceito bipartido de crime se concentra na tipicidade (fato típico e antijuridicidade) e separa a culpabilidade como elemento autônomo, o conceito tripartido inclui a culpabilidade como parte integrante da estrutura do crime, além da tipicidade e antijuridicidade. Ambas as abordagens têm seus defensores e críticos, e a interpretação e aplicação do Direito Penal podem variar de acordo com a perspectiva adotada.

3.2. Análise doutrinária dos conceitos

Francisco Assis de Toledo (1999, p.80), adota a concepção tripartida, sendo a sua posição a seguinte:

“Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.”

José Frederico Marques (1997, p.201) que também defende o conceito tripartido afirma:

“Para que o fato típico constitua crime não basta que seja antijurídico. O agente que praticou o fato lesivo de um bem jurídico, só terá cometido um crime se procedeu culposamente. A culpabilidade é inquestionavelmente um dos elementos do crime, e precisamente aquele elemento como diz Bettioli, que exprime, mais que qualquer outro, a base humana e moral em que o delito tem suas raízes”.

Hanz Welzel (2001, p.69) afirma que a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em delito. Tais elementos encontram-se logicamente interligados, de modo que cada elemento subsequente pressupõe o anterior. Mas o próprio Welzel também defendia o conceito tripartido, conforme afirma Bitencourt:

“O próprio Welzel, na sua revolucionária transformação da teoria do delito, manteve o conceito analítico de crime. Deixa esse entendimento muito claro ao afirmar que o conceito de culpabilidade acrescenta ao da ação antijurídica tanto de uma ação dolosa como não dolosa um novo elemento, que é o que a converte em delito. Com essa afirmação Welzel confirma que, para ele, a culpabilidade é um elemento constitutivo de crime, sem a qual este não se aperfeiçoa”.

Ao criticar a teoria bipartida, Guilherme de Souza Nucci (2013, p.117) sustenta que, ao excluir a culpabilidade do conceito de crime, estaríamos sujeitos a considerar criminoso um menor de 18 anos simplesmente por ter praticado um fato típico e antijurídico, bem como aquele que, sob coação moral irresistível, tenha agido da mesma forma. É inquestionavelmente equivocado do ponto de vista técnico. Nucci prossegue afirmando o seguinte:

“Crime, no conceito analítico é fato típico, antijurídico e culpável. Não importando a corrente (causalista, finalista ou funcionalista), o delito tem três elementos indispensáveis à sua configuração, dando margem à condenação. Sem qualquer um deles, o juiz é obrigado a absolver.

Fato típico: amolda-se o fato real ao modelo de conduta proibida previsto no tipo penal (ex.: matar alguém art. 121, CP).

Antijurídico: contraria o ordenamento jurídico, causando efetiva lesão a bem jurídico tutelado

Culpável: merecedor de censura, pois cometido por imputável (maior de 18 e mentalmente são), com conhecimento do ilícito e possibilidade plena de atuação conforme o Direito exige.

A tese de ser o crime apenas um fato típico e antijurídico nasceu no Brasil na década de 70 e já se encontra com os dias contados, salientando-se que jamais foi adotada fora do território nacional. Extirpar a culpabilidade do conceito de crime é um equívoco científico, pois é ela o elemento ético do injusto penal, que se concretiza crime.”

David Teixeira de Azevedo (1993, p.68) também se posiciona a favor do conceito tripartido, e critica a posição bipartida:

“A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente a teoria da pena, desmonta lógica e essencialmente a ideia jurídico penal de delito além de trazer sérios riscos ao Direito Penal de cariz democrático, porquanto todos os elementos que constituem pressuposto da intervenção estatal na esfera da liberdade-sustentação de um Direito Penal minimalista são diminuídos de modo a conferir-se destaque à categoria da culpa, elevada agora a pressuposto único da intervenção. Abre-se perigoso flanco à concepção da culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter, numa avaliação tão só subjetiva do fenômeno criminal. O passo seguinte é conceber o delito tão só como índice de periculosidade criminal, ao feito extremo da defesa social de Filippo Gramática, cuidando-se de assistir, para modificar o homem, seus valores, sua personalidade. É uma picada aberta ao abandono do Direito Penal do fato, pelo desvalor da conduta e acolhimento do Direito Penal do autor, de pesarosas lembranças”.

Os defensores da corrente bipartida afirmam que, com o avanço da teoria da ação implementada pelo finalismo, tornou-se evidente que o dolo e a culpa em sentido estrito estão inseridos na conduta, que faz parte do fato típico. Portanto, não faz mais sentido argumentar que a culpabilidade deva ser considerada como parte do conceito de crime, conforme argumenta Mirabete (2006, p.83). Em outras palavras, de acordo com essa linha de pensamento, quando o causalismo ainda predominava, era válido afirmar que a culpabilidade era um elemento integrante do crime, pois se entendia que o dolo e a culpa em sentido estrito eram componentes da noção de culpabilidade. No entanto, com o finalismo, essa lógica deve ser alterada.

Cleber Masson (2010, p.163), que endossa a teoria bipartida, afirma:

“Em primeiro lugar, no Título II da Parte Geral o Código Penal trata “Do Crime”, enquanto logo em seguida, no Título III, cuida “Da Imputabilidade Penal”. Dessa forma, crime é o fato típico e ilícito, independentemente da culpabilidade, que tem a imputabilidade penal como um dos seus elementos. O crime existe sem a culpabilidade, bastando seja o fato típico e revestido de ilicitude.

Em igual sentido, ao tratar das causas de exclusão da ilicitude, determina o Código Penal em seu art. 23 que “não há crime”. Ao contrário, ao relacionar-se às causas de exclusão da culpabilidade (arts. 26, caput, e 28, § 1º, por exemplo), diz que o autor é “isento de pena”.

Assim sendo, é necessário que o fato típico seja ilícito para a existência do crime. Ausente a ilicitude, não há crime. Por outro lado, subsiste o crime com a ausência da culpabilidade. Sim, o fato é típico e ilícito, mas o agente é isento de pena. Em suma, há crime, sem a imposição de pena. O crime se refere ao fato (típico e ilícito), enquanto a culpabilidade guarda relação com o agente (merecedor ou não de pena).”

Damásio de Jesus (1980, p.183) também defende a teoria bipartida:

“Cometida a infração penal (fato típico e ilícito), somente quando presente a culpabilidade poder-se-á impor pena ao sujeito. Note que o Código Penal, diante de situações em que não exista culpabilidade, declara ser o réu “isento de pena” (veja arts. 21, 22, 26 e 28). Não se refere a crime. Não diz “não há crime”, como acontece em face de excluídos da antijuridicidade (legítima defesa etc.). Logo, a culpabilidade incide sobre o autor do fato típico e antijurídico. Não sobre o fato.

Culpabilidade quer dizer censurabilidade, reprovação, reprovabilidade. É um juízo, elaborado pelo Juiz, sobre o homem que cometeu o crime, não sobre o fato. Se é juízo, encontrando-se na cabeça do Juiz, não pode estar no crime. Não recai sobre o fato, como a tipicidade e a antijuridicidade. O fato pode ser típico ou atípico, lícito ou antijurídico, mas não se apresenta culpado ou inocente. Nunca vi nenhum fato culpado entrando ou saindo de Tribunais. Encontrei homens. A locução “fato culpável”, para mim, é incorreta.

A culpabilidade constitui, ademais, medida da pena, uma vez que o Juiz, no processo de individualização (art. 5º, inc. XLVI, da CF), deverá levar em conta o grau de reprovabilidade

de (ou censurabilidade) da conduta realizada pelo agente para dosar a sanção imposta. Aliás, não é por outra razão que o Código Penal insere a culpabilidade como a primeira das circunstâncias judiciais a serem analisadas na fixação da pena (art. 59, caput).

Reconhece-se que a doutrina moderna vem dando contornos à culpabilidade que extravasam a noção de reprovabilidade proposta há mais de um século no âmbito da teoria geral do crime, posição que não pode ser considerada firmada. Se a culpabilidade será, no futuro, compreendida como responsabilidade em vez de reprovabilidade, ou responsabilidade juntamente com reprovabilidade, é questão ainda a ser resolvida. Por ora, o certo é que nossa Constituição Federal erigiu o princípio da culpabilidade como um dos vetores fundamentais do sistema jurídico-penal pátrio, obrigando a que todas as nossas leis penais a vejam como juízo de valor, pressuposto e medida da pena. "

Já Renê Ariel Dotti (2005, p.337-339) se posiciona a favor do conceito bipartido e alega o seguinte :

"Embora a objeção de autores de prestígio mantenho o entendimento de que a culpabilidade é muito mais um pressuposto da pena que um elemento do crime. Dizem eles que a "tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime" (Bitencourt (Manual, p. 1997). Ou então que "todos os 'requisitos' ou 'elementos' do crime são pressupostos da pena, (...)" (Cirino dos Santos, A moderna teoria do fato punível, p. 199). A culpabilidade é um juízo *post facto*. É preciso entender o sentido finalístico da conclusão: a culpabilidade está em relação indissociável com a pena. A culpabilidade não está no fato (conduta típica e ilícita) mas na reprovação do autor. Insisto: "o crime, visto como ação tipicamente ilícita é um fenômeno distinto e separável da pena cuja imposição depende dos pressupostos da imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, i.e., da culpabilidade" (dotti, Curso, p. 337). A culpabilidade é um juízo (posterior) sobre a conduta (pretérita). A pena é um efeito da causa que é o crime. A opinião de Damásio de Jesus: "A culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime. Como observa René Ariel Dotti, instigador da alteração de nosso entendimento a respeito da matéria, em face de seu atual desenvolvimento, a culpabilidade deve ser tratada como um pressuposto da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro desse quadro e não mais em setor da teoria geral do delito". (Direito Penal, p. 452/453). Opinião de Luiz Flávio Gomes: "a culpabilidade, desde o advento da concepção normativa, é juízo de valor (ou de valoração) que recai sobre o agente do fato ou injusto punível. (...)" "Discute-se, se a culpabilidade recairia sobre o autor do fato ou sobre o próprio fato. Para aqueles que admitem a culpabilidade como requisito do delito, a tendência é afirmar que a culpabilidade incide sobre o fato. Para os que concebem a culpabilidade fora do fato punível (como nós), parece não haver dúvida que a culpabilidade é juízo de valor que recai, desde logo, sobre o autor do fato punível. A culpabilidade (como juízo de valoração) recai em primeiro lugar sobre o autor, porém, não sobre qualquer autor, senão sobre o autor de um fato punível. Os requisitos do fato punível (tipicidade, antijuridicidade e punibilidade) são sequenciais e lógicos. O segundo depende do primeiro. O terceiro depende dos dois anteriores. A pena, por

seu turno, depende de todos os requisitos do fato punível e ainda da culpabilidade e da necessidade de pena. Não há culpabilidade, de qualquer modo, ou, em outras palavras, jamais o juiz pode fazer qualquer juízo de censura ou de reprovação (sobre o autor) sem a constatação prévia da tipicidade, da antijuridicidade e da punibilidade abstrata e concreta". (Direito Penal, p. 342). Para eliminar a objeção que é puramente literalista, é possível afirmar, com outras palavras, que a culpabilidade é um atributo da pena e não um elemento do crime."

Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 117) que também é favorável ao conceito bipartido de crime diz o seguinte:

"A nosso ver, a teoria bipartida é a que melhor soluciona os problemas da ciência penal, pois, com a predominância do finalismo, e agora também da teoria jurídico-penal da conduta, o dolo e a culpa deixaram de pertencer à culpabilidade e passam a integrar a conduta. Esvaziou-se, destarte, a culpabilidade, que, por isso, deve ser tratada como pressuposto da pena, e não mais como elemento do delito".

Fernando Capez compartilha do mesmo entendimento:

"A culpabilidade é um elemento externo de valoração exercido sobre o autor do crime e, por isso, não pode, ao mesmo tempo, estar dentro dele. Não existe crime culpado, mas autor de crime culpado. (CAPEZ, 2017, p.131)".

Bitencourt opõe-se a esse pensamento:

"Não basta caracterizar uma conduta como típica e jurídica para atribuição de responsabilidade penal a alguém. Esses dois atributos não são suficientes para punir com pena o comportamento humano criminoso, pois para que esse juízo de valor ser completo é necessário, ainda, levar em consideração as características individuais do autor do injusto. Isso implica, conseqüentemente, acrescentar mais um degrau valorativo no processo de imputação, qual seja, o da culpabilidade. Com esse entendimento, podemos afirmar que a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime. (BITENCOURT, 2017, p. 448)".

Demonstrando-se assim, uma verdadeira disputa teórica e doutrinária entre os juristas, com fortes argumentações de ambos os lados, bem como fundamentos e pressupostos bem embasados.

3.3. Diferenças aplicáveis

A principal distinção entre a teoria bipartida e a teoria tripartida reside no fato de que a primeira considera o dolo e a culpa como componentes da culpabilidade, enquanto a segunda os considera componentes da conduta.

Ambas as teorias concordam que, para que um ato seja considerado crime, é necessário que ele seja típico, ou seja, que corresponda exatamente a um modelo de comportamento descrito em uma norma penal incriminadora, e antijurídico, ou seja, contrário à lei penal e que viola o interesse social protegido pela norma jurídica. No entanto, de acordo com o conceito tripartido, a culpabilidade também é necessária para caracterizar o crime, abrangendo a imputabilidade, o dolo, a culpa, o conhecimento potencial da ilicitude e a exigibilidade de um comportamento diferente daquele praticado pelo agente que cometeu o fato típico e antijurídico. Por outro lado, para o conceito bipartido, a culpabilidade consiste apenas em um pressuposto para a aplicação da pena, ou seja, é responsável por determinar a medida punitiva.

Tanto o conceito bipartido quanto o tripartido são compatíveis com o finalismo, sendo este último o mais predominante na doutrina nacional. Por sua vez, o causalismo é compatível apenas com o conceito tripartido, uma vez que coloca o dolo dentro da culpabilidade, não integrando a estrutura do crime. No entanto, é importante ressaltar que os efeitos da escolha entre os conceitos tripartido e bipartido são predominantemente teóricos, pois ambas as correntes concordam que, na ausência de culpabilidade, não deve ser imposta uma pena.

4. CULPABILIDADE

A culpabilidade desempenha um papel central nas discussões entre as teorias bipartida e tripartida, uma vez que alguns estudiosos a consideram apenas como um pressuposto da pena, enquanto outros a veem como um dos elementos constitutivos do crime. Todo o debate que cerca o aspecto analítico do crime circula a culpabilidade e o seu papel no fato punível, quanto a este ponto, ambas as teorias bipartida e tripartida demonstraram argumentos, fundamentos e muitos pontos a se analisar, mas para determinar qual seria a mais correta, apenas o tempo seguido de diversas pesquisas teóricas e práticas poderá determinar.

Também é importante mencionar aqui as excludentes de culpabilidade, que são: imputabilidade por doença mental, desenvolvimento mental retardado, desenvolvimento mental incompleto, embriaguez acidental completa e a possibilidade de consciência da ilicitude por meio do erro de proibição. Além disso, a exigibilidade de conduta diversa é personificada pela coação moral irresistível ou pela obediência hierárquica a uma ordem não manifestamente ilegal.

5. CONCLUSÃO

Ao concluir este estudo dogmático sobre o conceito analítico de crime, as correntes e teorias envolvidas, os entendimentos de renomados doutrinadores e os elementos essenciais para a caracterização de um fato punível sob diferentes perspectivas, foi possível obter uma visão abrangente do conceito em questão.

Tanto a Teoria Bipartida quanto a Teoria Tripartida apresentam argumentos sólidos e fundamentados, evidenciando a falta de um consenso absoluto na doutrina jurídica entre os estudiosos do Direito Penal. Enquanto a Teoria Bipartida enfatiza a tipicidade e separa a culpabilidade como elemento autônomo, a Teoria Tripartida integra a culpabilidade como parte essencial da estrutura do crime. Além disso, as Teorias da Ação, como a Causalista, a

Finalista e a Funcionalista, exercem influência significativa na definição desses conceitos. Isso demonstra que, embora o conceito seja amplamente estudado, há um intenso debate teórico sobre qual teoria é a mais aplicável, eficaz e coerente com a realidade.

Diante disso, é essencial que estudiosos e juristas continuem a debater e refletir sobre essas concepções, buscando aprimorar o entendimento e a aplicação do Direito Penal. Conforme estabelecido, ambas as teorias bipartida e tripartida possuem méritos, fundamentos e controvérsias, não havendo uma resposta simples e direta para as perguntas “Qual é o conceito de crime?” ou “Quais são os elementos que tornam um fato punível?”. Portanto, o estudo, a pesquisa e o debate são os melhores meios para avançar nessa busca pelo aprimoramento da aplicação do Direito Penal.

Conclui-se, por fim, o presente estudo ao perceber-se, que não existe uma teoria “vencedora” ou uma vertente “correta”, ambas têm seus pontos e méritos, cabe a cada um de nós decidirmos qual seria a teoria mais adequada à nossa realidade e nos juntarmos a este debate que engloba tantos pesquisadores e juristas de notório saber.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, David Teixeira de. **A culpabilidade e o conceito tripartido do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Ed. 23. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BÔAS, Camila Nunes Villas. **Teoria do Crime: Concepção Tripartite**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teoria-do-crime-concepcao-tripartite/535333341>. Acesso em 16/05/2023.

BRANDÃO, Cláudio Roberto C. B.. **Teorias da conduta no direito penal**. Revista de informação legislativa, v. 37, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.br/bdsf/item/id/631>. Acesso em 16/05/2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. ed. 21. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

COLHADO, Junyor Gomes. **Conceito de crime no Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47517/conceito-de-crime-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 15/05/2023.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 2ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 1º V. 2ª Edição, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

MASSON, Cleber. **Direito penal – parte geral**, v. 1. 3ª ed. São Paulo: Método, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, João. **Conceito analítico de crime e teoria da ação**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47517/conceito-de-crime-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 15/05/2023.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de direito penal – parte geral**, v. I. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, 3ª edição.

ROSTIROLLA, A. ; PEREIRA, J. H. G. ; KIPPER, F. R. ; CRESPO, D. de A. ; SILVA, J. P. da. **A TEORIA GERAL DO CRIME: CONCEITO E ELEMENTOS**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 937–944, 2021. DOI: 10.51891/rease.v7i2.924. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/924>. Acesso em: 22 maio. 2023.

SOUSA OLIVEIRA, P. C.; CORRÊA, M. S. **A ALOCAÇÃO DA CULPABILIDADE NO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME**. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas, v. 4, n. 1, p. 66-76, 7 jun. 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 1999.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, 3ª Edição. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Atuação das procuradorias no Comitê Gestor do IBS: indagações sobre o novo modelo institucional

Luan Silva Seminario¹

RESUMO

O presente artigo discute um aspecto do Direito Tributário e tem como objetivo analisar os efeitos possivelmente regressivos da reforma tributária implementada pela Emenda Constitucional n.º 132/23 no regime federativo de cooperação dos entes subnacionais e em sua autonomia fiscal, em especial no que diz respeito ao papel da advocacia na figura do Comitê Gestor do IBS. Para tanto, partindo de uma revisão sistêmica da literatura, a pesquisa examina, em um primeiro momento, as características do Estado Federal brasileiro e a autonomia dos entes federados. Por conseguinte, em um segundo momento, analisa os possíveis impactos da simplificação do regime de tributação no sistema de repartição de competências tributárias originalmente estabelecido pela Constituição Federal e na balança do equilíbrio federativo. Prossegue examinando de forma não exaustiva as possíveis mudanças da relação institucional que os entes federativos atualmente possuem com suas respectivas procuradorias e suscita dificuldades que possivelmente serão enfrentadas no regime de centralização da atuação das procuradorias no âmbito do Comitê Gestor do IBS. Por fim, conclui que temáticas imprescindíveis à administração tributária e ao contencioso judicial tributário foram relegadas ao segundo plano pela EC n.º 132/23, o que, conseqüentemente, atrai dúvidas sobre eventuais riscos à autonomia fiscal dos entes subnacionais.

Palavras-chaves: Direito tributário. Reforma tributária. Advocacia pública.

1. INTRODUÇÃO

A leitura das passagens iniciais da Constituição Federal– CF não deixa dúvidas sobre a primeira preocupação do poder constituinte quando de sua elaboração, qual seja, o intento de garantir a solidez e permanência da República Federativa formada pela “união indissolúvel” dos entes que a compõem (art. 1º da CF/88).

A missão consagrada pela nova ordem constitucional busca garantir a repartição isonômica e não-hierarquizada entre as atribuições e competências da União, dos Estados, dos

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduado em Direito Tributário e Aduaneiro pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessor jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Amazonas. E-mail: luanseminario@gmail.com.

Municípios e do Distrito Federal – observadas as peculiaridades e dificuldades enfrentadas por cada ente e região – e, neste ensejo, possibilitou a atuação coordenada destes entes, em especial no que diz respeito ao poder conferido a cada um para decidir a respeito de sua vida fiscal, uma vez que, o que pode ser prioridade, por exemplo, para o governo central, talvez não seja compatível com a prioridade do governo regional ou local.

As premissas desta autonomia fiscal sinalizam que os entes subnacionais devem possuir a independência necessária à obtenção dos recursos financeiros de que precisam, visto que estes são fundamentais para que possam ser atendidas as necessidades públicas de responsabilidade de cada esfera de poder.

A luta pela autonomia dos Estados, Municípios e Distrito Federal tem como uma de suas linhas de frente os órgãos essenciais ao funcionamento e administração da justiça, em especial a figura das Procuradorias prevista no art. 132 da CF/88, por meio das quais o ente político dispõe de mecanismos para implementar determinadas medidas fiscais e de estancar tentativas antiexacionais, constituindo importante mecanismo para a consecução da autonomia financeira e tributária destes entes federados.

O modelo implementado pela reforma tributária, no entanto, inseriu profundas modificações na forma como o corpo administrativo dos entes subnacionais será utilizado na fiscalização, cobrança e execução judicial de suas dívidas, incluindo-se as procuradorias, que inegavelmente necessitarão passar por uma nova conformação de suas estruturas para que possam atender às figuras centralizadoras de competência instituídas na reforma.

A problemática surge, no entanto, a partir do momento em que se percebe, pela redação final do texto da reforma tributária que, determinados problemas inerentes ao campo de atuação da advocacia pública não pareceram estar no radar, ao menos por ora, do regime de transição da reforma tributária, circunstância que será melhor examinada, sem a pretensão de esgotar o tema ou insinuar solução, no presente artigo.

2. PRINCÍPIO FEDERATIVO E FEDERAÇÃO DE EQUILÍBRIO

A estrutura de organização do Estado, sob o ponto de vista da compreensão tradicional da expressão, nada mais é do que a maneira como os elementos constitutivos de um determinado Estado se relacionam entre si (BRAGA, 2023). As formas de Estado existentes são, em síntese, três: Estado unitário, Estado organizado em federações e Estado estruturado em confederações.

Os Estados unitários – ou singulares – têm como característica distintiva principal a concentração do poder político em uma única fonte, sendo esta a responsável pelas funções normativas e legislativas que se irradiam por todo o seu território, sem prejuízo de haver certo grau de descentralização administrativa. Atualmente, no entanto, a doutrina reconhece a existência de novas molduras para a concepção original dos Estados unitários, admitindo a existência de Estados unitários regionais – quando o poder político central delega competências aos entes inferiores em grau hierárquico – ou autônomico – quando essa descentralização ocorre de forma inversa, das províncias para o poder central (HORTA, 2010).

Por seu turno, os Estados federais – ou plurais – se sobressaem em razão da divisão deste poder político ao longo de sua extensão territorial, de maneira que há, além de um poder

político central, a presença de múltiplas fontes legislativas e normativas, a depender da porção territorial a que se faz referência, todas dotadas de autonomia e tendo como seu fundamento de validade a Constituição (MENDES; BRANCO, 2015).

Tal espécie pode ainda se subdividir em dois outros grupos, quais sejam, a Federação dual – onde cada entidade federada tem seu âmbito de atuação delimitado e não convergente entre si – e a Federação cooperativa – onde existe a legitimação concorrente dos entes federados para determinados assuntos (BRAGA, 2023).

Os Estados organizados por confederações, indo além, caracterizam-se pelo menor grau de centralização se comparado com os Estados federais, visto que, na confederação, o governo central possui espectro reduzido de competências, uma vez que a soberania não é compartilhada entre o governo central e os governos regionais, mas sim estes últimos que são dotados de sua própria soberania, autodefesa e autorregulamentação.

A história revela que o Brasil, por meio dos Decretos n.º 01/89 e n.º 510/90 e conforme a Constituição de 1891, transformou-se de um Estado unitário e assumiu a roupagem de um Estado federado, de modo que atualmente a subdivisão do poder político é feita de forma descentralizada em cada nível: central, regional e local. Em outras palavras, além do Ente federativo central, há a presença de Entes federativos regionais e locais dotados de autonomia política, sendo que todos possuem a mesma hierarquia e estão unidos em um vínculo indissolúvel, consoante prevê o art. 1º da CF/88 (BERTI, 2007).

Diz-se indissolúvel, pois, no Estado federal, às unidades federadas não paira a opção de se desligar da federação, não sendo reconhecido o direito de secessão, uma vez que tal medida vai em contramão ao desejo que levou à criação da aliança federal, razão pela qual, inclusive, estatuiu-se em nosso ordenamento jurídico, ao nível de cláusula pétrea, a regra constitucional da indissolubilidade da federação, *ex vi* do art. 60, §4º, I, da CF/88.

Outrossim, embora a doutrina afirme existir correntes divergentes a respeito de qual estrutura de Estado federado teria sido adotada pelo Brasil – se federação dual, cooperativa ou mesmo mista –, em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal – STF teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão, ocasião em que esclareceu que o modelo adotado pela Constituição Federal foi o de federalismo de cooperação, nos termos do art. 3º, III, da CF/88, de modo que há um entrelaçamento de competências entre os níveis da federação, senão vejamos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO EM QUESTÕES QUE EVIDENCIAM O INTERESSE LOCAL. (...) 5. **Durante a evolução do federalismo, passou-se da ideia de três campos de poder mutuamente exclusivos e limitadores, segundo a qual a União, os Estados e os Municípios teriam suas áreas exclusivas de autoridade, para um novo modelo federal baseado, principalmente, na cooperação, como salientado por KARL LOEWESTEIN (Teoria de la constitución. Barcelona: Ariel, 1962. p. 362).** 6. **O legislador constituinte de 1988, atento a essa evolução, bem como sabedor da tradição centralizadora brasileira, tanto, obviamente, nas diversas ditaduras que sofremos, quanto nos momentos de normalidade democrática, instituiu novas regras descentralizadoras na distribuição formal de competências legislativas, com base no princípio da predominância**

do interesse, e ampliou as hipóteses de competências concorrentes, além de fortalecer o Município como polo gerador de normas de interesse local.

7. O princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro é o princípio da predominância do interesse, tanto para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, quanto em termos de interpretação em hipóteses que envolvem várias e diversas matérias, como na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. 8. A própria Constituição Federal, portanto, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-membros e Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). (...) (STF RE 1.181.255 AgR-SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJ 23/08/2019) (g.n.)

A ideia do federalismo de cooperação pressupõe, portanto, que a repartição do poder político e das competências ocorra de forma equilibrada entre os entes federativos, por meio de medidas que protejam o próprio pacto federativo e, ao mesmo tempo, eliminem – ou, ao menos, reduzam – as discrepâncias fáticas e socioeconômicas vivenciadas nas esferas federativas, como se observa de determinadas ações previstas pela Constituição Federal, tais como: (a) a criação de regiões de desenvolvimento entre os Estados e regiões de desenvolvimento metropolitano entre os Municípios; (b) a possibilidade de instituição de benefícios fiscais para garantir o desenvolvimento isonômico das regiões; (c) a repartição das receitas da arrecadação tributária; (d) a intervenção em nível federal e estadual; (e) a possibilidade de cooperação entre os entes federados no âmbito de suas competências materiais visando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional; e por meio (f) do controle de constitucionalidade.

Dentro deste contexto, inegável que os membros da federação devem gozar de autogestão e autogoverno, no sentido de que lhes é conferida a possibilidade de escolher seus governantes e agir conforme suas opções políticas internas na tomada de decisão sobre assuntos de seu interesse, desde que observada a preservação da organização federativa e os limites pré-estabelecidos pela própria Constituição Federal (CARRAZZA, 2021).

Isso porque, conforme indicado anteriormente, no Estado federado, o que se observa é exatamente uma descentralização administrativa aliada a uma descentralização política, de modo que há uma distribuição de poderes e uma atribuição de encargos, bem como a presença de múltiplos centros de decisão, cada qual com certa exclusividade ou legitimidade concorrente em determinados assuntos, todos de acordo com o delineamento feito pela Constituição Federal, para não haver o risco de perda ou redução excessiva das autonomias de cada ente federado.

Não por outro motivo, segundo ensinamentos de Dallari (2019) e Krasovesky (2023), a repartição de atribuições e poderes feita pela Constituição Federal deve necessariamente atentar para que não se estabeleça a supremacia de determinada unidade federativa em relação às demais, razão pela qual diz-se que a distribuição de competências deve ocorrer de forma equilibrada, a fim de assegurar a autonomia de cada centro de poder sem, contudo, prejudicar a eficiência de qualquer um dos estados-membros, especialmente no que diz res-

peito à autonomia destes para decidir a maneira como será resolvida a destinação de seus recursos financeiros e como serão exercidas as suas competências tributárias (CARVALHO, 2019; TEMER, 2015).

Ora, não se pode falar em autogoverno, auto-organização, autoadministração, enfim, em autonomia, se o aspecto financeiro deste pressuposto não é devidamente atendido, eis que sem os recursos necessários, revelar-se-ia inócua qualquer delegação de competências ou atribuição de poderes, sejam administrativos, jurisdicionais, legislativos ou políticos (BATISTA JUNIOR; MARINHO, 2019; DERZI, 2020).

Em outras palavras, a dependência financeira caminha em sentido contrário ao ideal de autonomia que permeia a forma de Estado implementada pela Constituição Federal, uma vez que os propósitos constitucionais se esvaziam diante da ausência de condições materiais para o seu exercício, sendo possível afirmar que, ao menos em seu modelo original, a repartição das competências tributárias e a partilha de receitas previstas pela CF/88 cuidaram, em maior ou menor medida, de assegurar a autonomia fiscal dos entes federados.

A luta pela autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios foi, ao longo das três décadas da CF/88, gradativamente subvertida pela sobreposição dos interesses da União, por meio da implantação de contribuições cujas receitas passaram a não ser compartilhadas com os demais entes e através da instituição de medidas de desoneração de tributos estaduais e/ou municipais, de maneira que gradualmente houve uma inversão no quadro de arrecadação e partilha de receitas traçado pelo Poder Constituinte Originário.

A caminhada atribulada do federalismo de equilíbrio brasileiro alcançou uma nova etapa com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 132/23, cujo potencial de inaugurar um novo capítulo de centralização fiscal da União e de perda arrecadatória aos entes subnacionais está, para muitos, à vista do horizonte.

3. POTENCIAL DELETÉRIO DO IVA DUAL BRASILEIRO

A Emenda Constitucional n.º 132/23 – originada pela aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n.º 45/19 – reconfigurou o modelo de competências e repartição de receitas previsto pela Constituição Federal. A parcela dos tributos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que incidiam sobre o consumo foi aglutinada em 03 (três) novas espécies tributárias, todas igualmente relacionadas ao consumo de bens e serviços.

Em suma, no lugar do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS e do Impostos sobre Serviços – ISS, foi criado o chamado “IVA Dual Brasileiro”, composto pelo Imposto sobre Bens e Serviços – IBS, de competência compartilhada entre os Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 156-A da CF/88) e pela Contribuição sobre Bens e Serviços – CBS (art. 195, V, da CF/88) de competência da União, ao passo que foi criado o Imposto Seletivo sobre bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente – IS (art. 153, VIII, da CF/88), este também de competência da União.

Segundo a justificativa apresentada pelo Deputado Federal Baleia Rossi, responsável pela primeira versão do texto da PEC n.º 45/19, a finalidade da proposta buscava, naquele mo-

mento, “*simplificar radicalmente o sistema tributário brasileiro, sem, no entanto, reduzir a autonomia dos Estados e Municípios, que manteriam o poder de gerir suas receitas através da alteração da alíquota do IBS*” (BRASIL, 2019).

Na busca desse objetivo, o art. 149-B da CF/88 e o art. 124, parágrafo único, do ADCT preveem que o IBS e o CBS serão, na teoria, tratados como gêmeos siameses, visto que terão, em tese, os mesmos fatos geradores, bases de cálculo, hipóteses de não incidência, sujeitos passivos, imunidades, regimes diferenciados ou favorecidos de tributação e regras de não cumulatividade e de creditamento.

A concretização desse objetivo demanda, no entanto, que leis complementares sejam aprovadas no âmbito do Congresso Nacional, sendo que, de acordo com o art. 126 do ADCT, a CBS será, em tese, o primeiro tributo a ser criado, visto que será completamente instituído até 2027, ao passo que, nos termos do art. 129 do ADCT, o IBS será definitivamente implementado até 2033. Portanto, a partir deste momento, a estimativa da EC n.º 132/23 é de que o IBS e a CBS sejam cobrados de forma única, tendo suas alíquotas de referência fixadas pelo Senado Federal, consoante prevê o *caput* do art. 130 do ADCT.

Com efeito, no que diz respeito a amplitude conceitual das situações abarcadas pelo fato gerador destes tributos, percebe-se pela redação do art. 156-A da CF/88 que foi colocado um desfecho na histórica discussão sobre o conceito de “serviços” no âmbito do ISS e de “mercadorias” no âmbito do ICMS, uma vez que pela expressão “bens materiais ou imateriais, inclusive direitos, ou serviços” estão afastados eventuais debates filosóficos a respeito do enquadramento das utilidades e serviços abarcados pela exação tributária, incluindo-se aqueles do meio digital, de modo que tudo aquilo que não for entendido como “bem” será, pelo critério residual, classificado como “serviço” para fins de tributação.

Seguindo o modelo previsto pela EC n.º 33/01, a reforma tributária manteve em seu art. 156-A, §1º, II, da CF/88, de forma similar ao disposto no art. 155, §2º, IX, “a”, da CF/88, a incidência do IBS e da CBS sobre a importação de bens e serviços realizada por pessoa jurídica ou física, ainda que não sejam o sujeito passivo habitual do imposto, independentemente de sua finalidade. Por seu turno, consoante o art. 156-A, §1º, III, da CF/88, nas exportações não haverá a incidência da exação, como clara forma de garantir melhor terreno para os exportadores nacionais.

Neste particular, a tributação do IBS e da CBS observará o princípio do destino do fornecimento do bem ou da prestação do serviço, como forma, em tese, de evitar futuras guerras fiscais (KRASOVESKY, 2023; ALEXANDRE, 2024), ao passo que eventuais distorções ou perdas de arrecadação enfrentadas pelos entes subnacionais serão garantidas por meio da transferência de parte dos recursos do orçamento da União por meio do Fundo Nacional do Desenvolvimento Regional – FNDR, nos termos do art. 159-A da CF/88 e art. 13 da EC n.º 132/23.

Neste respeito, assim esclareceu Alexandre (2024), veja-se:

“O que motivou a criação desse Fundo no curso da Reforma Tributária foi a pretensão de utilizá-lo como instrumento de mitigação dos efeitos do fim da possibilidade de concessão de benefícios fiscais por parte dos Estados e do Distrito Federal, como isenções reduções de base de cálculo, concessões de créditos presumidos, dentre outros.

Uma vez que o IBS será regido pelo princípio do destino – com a proibição de concessão de benefícios fiscais pelos entes federados e com a tributação sendo regulada não mais pelas normas do local de origem do bem ou serviço, mas pelas vigentes no seu destino –, inexistirá a possibilidade de estabelecimento de uma tributação favorecida do consumo como medida indutora do investimento privado. ”

A necessidade de criação do FNDR, embora almeje a promoção do desenvolvimento social, é apenas a consequência de uma causa cuja origem apenas foi acentuada pela EC n.º 132/23, qual seja, a discrepância entre o desenvolvimento econômico regional e o desenvolvimento nacional – especialmente em regiões menos desenvolvidas –, algo que, antes da edição da referida emenda constitucional, era uma questão tratada através do exercício da autonomia dos Estados e do Distrito Federal por meio do ICMS, seja pela instituição de benefícios ou pela criação de incentivos fiscais como forma de impulsionar o desenvolvimento regional.

Surge a partir deste cenário, portanto, a preocupação de que, com a centralização na União de competências que outrora pertenciam aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a autonomia destes últimos reste, na prática, reduzida a tal ponto a colocar em risco a concretização de seus objetivos regionais e locais.

É dizer, embora não se negue o louvável objetivo da reforma tributária em garantir maior harmonia, transparência e solidez ao desenvolvimento econômico em âmbito nacional, tal objetivo não pode colocar em risco o desenvolvimento socioeconômico das regiões que compõem a federação, sob pena de se subverter a razão de existir da EC n.º 132/23.

Com efeito, existe parcela doutrinária que entende que a autonomia dos entes federados permanece preservada com a EC n.º 132/23, uma vez que a concentração de atribuições na figura da União não apresentaria uma redução da competência dos entes subnacionais, mas apenas a mera ampliação das competências já previstas pela Constituição Federal (LEITE, 2019). De igual modo, há aqueles que temperam este entendimento com a ressalva de que, para se assegurar a manutenção da autonomia dos entes subnacionais, bastaria se salvaguardar a autonomia financeira destes entes federados, sem prejuízo, portanto, da transferência da competência tributária de um ente para outro (RIBEIRO, 2019; CYPRIANO *et. al.*, 2019).

Não obstante, há vertente na doutrina que, caminhando em sentido oposto, reconhece os efeitos regressivos em princípio causados pela EC n.º 132/23, ante o risco que a absorção de competências pela União pode causar na autonomia política, administrativa e financeira dos entes federados, em aparente violação ao que prevê o art. 60, §4º, da CF/88 (SOUZA, 2019), sendo previsível que discussões a respeito do tema serão levadas ao Poder Judiciário.

De acordo com Krasovesky (2023):

“[...] o maior problema reside no princípio federativo, com a redução da competência tributária dos Estados e Municípios, ainda que sinalize com a manutenção das receitas atuais por meio de distribuição do produto da arrecadação do imposto por um Comitê Gestor Nacional integrado por representantes da União, Estados-membros e Municípios, que terá que editar um regulamento uniforme do imposto, gerir a arrecadação centralizada, estabelecer critérios para atuação coordenada dos entes federativos na fiscalização do imposto e representar a União, os Estados-membros e Municípios, judi-

cial e extrajudicialmente nas matérias relativas ao imposto, cujo contencioso judiciário se dará na Justiça Federal. **Assim, a reforma tributária simplifica a vida das empresas, mas tem efeitos regressivos sobre o sistema tributário, penalizando os mais pobres, além de restringir a autonomia federativa dos Estados e Municípios e, portanto, é inconstitucional.**" (g.n.)

Está última vertente aparenta aferir de forma mais esclarecida a potencialidade dos efeitos que poderão ser causados pela EC n.º 132/23 na balança do federalismo brasileiro, principalmente se considerarmos que, em tese, o único mecanismo conferido pela reforma para garantir a subsistência da autonomia fiscal dos entes subnacionais dentro da sistemática nova é a possibilidade de cada Estado e Município, bem como o Distrito Federal, definirem, por meio de lei específica, suas alíquotas de IBS, nos termos do art. 156-A, §1º, V, da CF/88.

A propósito, neste respeito, ensina Alexandre (2024):

"Esse modelo retira dos entes subnacionais a possibilidade de utilizar o IBS como mecanismo de incentivo a algum setor econômico não prestigiado por expressa exceção constitucional."

Na prática, o valor total pago pelo contribuinte a título de IBS corresponderá ao somatório das alíquotas fixadas em nível estadual e municipal para o imposto – ressalvados os casos em que tal competência não seja exercida pelo ente subnacional, ocasião em que o valor das alíquotas seguirá o modelo de referência estabelecido pelo Senado Federal por meio de resolução, em razão do disposto pelo art. 156-A, §1º, da CF/88 – e o valor correspondente ao IVA Dual será o somatório deste montante e aquele estabelecido pela União para a CBS.

Diante deste contexto legislativo, percebe-se a plausibilidade da preocupação daqueles que enxergam na reforma tributária – da maneira como se encontra até então regulamentada na Constituição Federal – potencial deletério à balança do equilíbrio entre as esferas da federação, pois, embora inegáveis os benefícios da ECn.º 132/23 no sentido de garantir maior transparência e equidade na distribuição da carga tributária, o IBS será verdadeiro imposto federal camuflado de imposto estadual e municipal, visto que a iniciativa para a lei complementar que vier a regulamentá-lo não será destes últimos, aos quais será possível apenas definir as alíquotas do tributo e participar do produto de sua arrecadação, tudo nos moldes estabelecidos na futura legislação nacional.

4. AUTONOMIA DA ADVOCACIA PÚBLICA FRENTE AO COMITÊ GESTOR DO IBS

O conceito tradicionalmente estabelecido para o termo "competência tributária" sofreu intensa modificação a partir da EC n.º 132/23. Isso porque, se antes os arts. 153 a 156 da CF/88 atribuíam aos entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – a competência para instituir seus respectivos tributos, atualmente o art. 156-A da CF/88 prevê que a instituição do IBS se dará não por ato de competência dos entes subnacionais, mas

sim por lei a ser editada pelo Congresso Nacional, modificando sensivelmente a competência tributária a nível estadual, distrital e municipal, visto que, a estes, caberá apenas o exercício de atribuições compartilhadas no âmbito do Comitê Gestor do IBS.

A respeito do tema, alertou Queiroz (2021):

“A estrutura básica do comitê gestor será introduzida por legislação complementar da União, que definirá sua composição orgânica, forma de funcionamento e competências, sem a participação direta dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Evidencia-se, logo de início, um aspecto centralizador da proposta, pois confere prevalência à União na constituição estrutural do comitê gestor e na definição de seus órgãos e atribuições básicas. Sabemos que, nesses casos, na hipótese de conflitos de interesses, a balança provavelmente penderá para a União, como é comum na nossa tradição federativa, em que as competências são acentuadamente centralizadas.”

O comitê gestor assumirá, nos termos do art. 156-B, §1º, da CF/88, roupagem semelhante aos consórcios públicos multi federativos, possuindo natureza autárquica sob o regime especial e podendo integrar as administrações indiretas de cada ente público, muito embora sua instalação e seu custeio seja a cargo da União, passando em momento posterior a ser financiado por parcela da arrecadação do IBS, na forma do art. 156-B, §2º, III, da CF/88.

Neste âmbito, os entes a nível estadual, distrital e municipal exercerão competência administrativa – e não político-legislativa – de maneira compartilhada e serão representados de forma paritária apenas em sua instância máxima, da forma indicada pelo art. 156-B, §3º, da CF/88, qual seja: (a) 27 (vinte e sete) membros de cada Estado e do Distrito Federal; (b) 14 (quatorze) representantes do conjunto dos Municípios e do Distrito Federal com eleição por meio de voto igualitário; e (c) 13 (treze) representantes dos Municípios e do Distrito Federal com eleição por meio de votos ponderados a partir do quantitativo populacional.

As deliberações no âmbito do Comitê Gestor adotam modelo inspirado no que já era praticado no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, embora com suas especificações, de modo que, consoante o disposto no art. 156-B, §4º, da CF-88, as deliberações serão consideradas aprovadas se obtiverem cumulativamente, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, maioria absoluta e representação que corresponda a mais de 50% (cinquenta por cento) da população nacional, e, no âmbito dos Municípios e do Distrito Federal, apenas votação da maioria absoluta de seus membros.

Dentre as competências administrativas do Comitê Gestor, destacam-se a edição do regulamento único do IBS e a uniformização da aplicação de sua legislação e a atribuição de decidir em matéria administrativa o contencioso fiscal, nos termos do art. 156-B, I e III, da CF/88, de modo que caberá ao Comitê dar a última palavra não só no que diz respeito à coesão e uniformização dos pareceres normativos, mas também nos procedimentos de consulta.

Neste particular, nos termos do art. 156-B, §2º, V e IV, da CF/88, infere-se que serão concentradas no âmbito do Comitê Gestor determinadas competências de administração tributária e de representação judicial, visto que, segundo prevê a norma constitucional, tais

funções serão exercidas por servidores designados de cada órgão de administração tributária e cada procuradoria dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estes agora que passarão a agir de acordo e sob a gerência do Comitê Gestor, *ex vi lege*:

Art. 156-B. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão de forma integrada, exclusivamente por meio do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, nos termos e limites estabelecidos nesta Constituição e em lei complementar, as seguintes competências administrativas relativas ao imposto de que trata o art. 156-A:

(...)

§2º Na forma da lei complementar:

(...)

V - **a fiscalização, o lançamento, a cobrança, a representação administrativa e a representação judicial** relativos ao imposto **serão realizados**, no âmbito de suas respectivas competências, **pelas administrações tributárias e procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, que poderão definir hipóteses de delegação ou de compartilhamento de competências, **cabendo ao Comitê Gestor a coordenação dessas atividades administrativas** com vistas à integração entre os entes federativos;

VI - **as competências exclusivas das carreiras da administração tributária e das procuradorias** dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **serão exercidas**, no Comitê Gestor e na representação deste, **por servidores das referidas carreiras**; (BRASIL, 2024) (g.n.)

A partir do exame conjugado destes incisos do §2º do art. 156-B da CF/88, surgem as indagações sobre como permanecerá a autonomia das Procuradorias, sejam elas Estaduais, Distrital ou Municipais, frente à determinação e que sua atuação, por expressa previsão constitucional, deverá ocorrer conforme aquilo determinado pelo Comitê Gestor.

Sobre o tema, ponderou Queiroz (2021):

“Nossa preocupação não é sem sentido, pois, tendo em vista que a PEC enfatiza que a atuação dos procuradores será ‘coordenada’, faz supor que o comitê terá poderes de subordinação sobre os advogados públicos e ‘possivelmente’, também, a incumbência de solucionar questões cotidianas da advocacia, tais como os valores mínimos para o ajuizamento de execuções fiscais, estratégias processuais para a cobrança de devedores qualificados, critérios para aceitação de garantias, interpretação sobre a responsabilização de terceiros etc.”

Uma vez que sua regulamentação será ainda tratada por lei nacional a ser editada pelo Congresso Nacional, permanecem obscuro questões pontuais e sensíveis à atuação da advocacia pública, tais como: (a) o quantitativo de procuradores que serão cedidos ao Comitê Gestor para atuação no contencioso e consultivo do IBS; (b) o modo a partir do qual será

feita a distribuição de atribuições entre aqueles que integrarão o ente multi federativo; (c) como serão utilizadas as estruturas já existentes nos entes subnacionais no âmbito do procedimento administrativo do contencioso fiscal unificado e de que forma a força de trabalho cedida será partilhada no âmbito do Comitê; e (d) de que maneira será garantida a representação de municípios sem procuradoria formalmente instalada.

Neste respeito, se pronunciaram, ainda mesmo antes da aprovação da PEC n.º 45/2019, Scwenck e Azevedo (2021), veja-se:

“A representação judicial e extrajudicial será exercida de forma coordenada pelos procuradores da Fazenda Nacional, dos estados e dos municípios, nos termos do §7º daquele dispositivo (excluídos os primeiros na proposta dos Secretários de Fazenda).

Não há previsão, nas propostas atualmente existentes, da maneira como seria feita a distribuição do trabalho entre os entes encarregados da representação, podendo ser incluída especificação de que ocorreria conforme o local do processo e de acordo com as normas estaduais, distritais ou municipais sobre competência aplicáveis ao litígio.

Ademais, dentre as competências atribuídas ao Comitê Gestor, não há previsão para que seja responsável por dirimir as causas porventura existentes entre os próprios entes. Mas, em razão das demais funções designadas, caberá a ele tal atribuição, sendo prudente que uma previsão nesse sentido seja incluída no texto da PEC.” (g.n.)

Considerando o interesse da EC n.º 132/23 em manter a uniformidade do entendimento a respeito do IBS e do CBS, há aqueles que indagam sobre qual seria o juízo competente para decidir determinadas causas em que litigue o Comitê Gestor do IBS, seja no polo ativo ou passivo, tendo em vista o interesse substancial da União na resolução da questão, nos termos do art. 109, I, da CF/88. De igual modo, questiona-se a qual entidade federativa deverá ser lavrada a Certidão de Dívida Ativa – CDA, uma vez que, segundo o art. 156-B da CF/88, será o Comitê Gestor o responsável pela arrecadação do tributo:

“Essa dívida abarcará montantes devidos à União, ao estado e ao município em que o consumo ocorreu, referentes às respectivas alíquotas por cada um fixadas. **Mas presume-se que a inscrição da dívida ativa será una, em nome do Comitê Gestor, até para se evitar a multiplicidade de ações referentes à mesma operação. Dessa forma, repisa-se o questionamento anteriormente apresentado: para qual unidade da federação deveria ser encaminhada a respectiva Certidão da Dívida Ativa (CDA) para proceder a cobrança?**” (MACATRÃO et. al, 2021) (g.n.)

Não bastasse isto, uma vez que o art. 156-B, §2º, V e VI, da CF/88 determinam que a avocação de determinados procuradores para o âmbito do Comitê Gestor, indaga-se qual seria o critério para definir o âmbito de atuação do procurador – se Estadual, Distrital ou Municipal – nas ações de execução fiscal e até mesmo em ações antiexacionais, tendo em vista que cada carreira possui sua própria estrutura física e quadro de servidores de apoio.

Mas imagine-se, e nos municípios onde o serviço de representação consultiva e judicial ocorre por meio de serviços terceirizados – escritórios de advocacia ou assessores jurídicos – como ficaria a atuação no âmbito do Comitê Gestor? Haveria assunção desta competência pela Procuradoria do respectivo Estado? Serão estipulados critérios mínimos de adequação do órgão para que possa atuar no âmbito do Comitê Gestor?

Todas estas perguntas deverão ser respondidas pela futura lei complementar nacional que cuidará da instalação do Comitê. No entanto, todas as indagações possuem em comum o fato de que, certamente, a autonomia que os entes federativos subnacionais possuíam com suas respectivas procuradorias será intensamente modificada, sendo que todos os questionamentos guardam íntima relação com a própria arrecadação e na administração da justiça de cada ente federativo.

Em suma, como se vê, não é difícil perceber a dificuldade que será a transição do atual regime para aquele almejado pela EC n.º 132/23.

Neste respeito, há iniciativa por meio do Projeto de Lei Complementar – **PLP n.º 37/24** para a integração dos contenciosos administrativos tributários relativos ao IBS e ao CBS, prevendo a necessidade de que os atos normativos destes tributos não poderão conflitar entre si, conferindo ao “Conselho Tributário do IBS” a competência para decidir o contencioso do IBS, estipulando a criação de um pedido de uniformização de conflito interpretativo no âmbito da “Câmara Técnica de Uniformização” e atribuindo à advocacia pública – federal, estadual, distrital e municipal – a representação da administração tributária no contencioso administrativo:

Art. 1º Esta Lei Complementar dispõe sobre a integração dos contenciosos administrativos relativos ao Imposto sobre Bens e Serviços – IBS e à Contribuição sobre Bens e Serviços – CBS de que trata o §8º do art. 156-B da Constituição Federal.

§1º Em atenção ao disposto no artigo 149-B da Constituição Federal, o IBS e a CBS deverão observar as mesmas regras, sendo vedado à Receita Federal e ao Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços editar atos normativos que conflitem entre si.

§2º A edição de ato normativo que enseje conflito interpretativo entre IBS e CBS autorizará a apresentação de Pedido de Uniformização à Câmara Técnica de Uniformização pelos legitimados elencados no § 1º do art. 16 desta Lei Complementar.

Art. 2º A competência para decidir o contencioso administrativo relativo ao IBS é do Conselho Tributário do IBS.

Art. 6º A intervenção nos processos administrativos tributários do IBS e da CBS no âmbito dos contenciosos tributários de que tratam os arts. 2º e 3º desta Lei Complementar far-se-á diretamente pela parte ou por intermédio de procurador.

(...)

§ 2º Nos contenciosos administrativos tributários de que trata o caput, a Administração Tributária será representada por membro da Advocacia Pública federal, estadual, distrital ou municipal. (BRASIL, 2024)

Conjuntamente a este projeto, foi apresentado o **PLP n.º 39/24**, no qual o exercício da competência compartilhada no âmbito do IBS é tratado de forma minudente.

No referido projeto, estipula-se a estrutura do Comitê Gestor em duas estruturas, de um lado, o “Corpo Diretivo” responsável pelas competências deliberativas e institucionais e, do outro, o “Conselho Tributário” cuja atribuição seria o julgamento de questões jurídicas no âmbito do contencioso administrativo tributário do IBS. Esmiuçando o intento do caput art. 156-B da CF/88, o projeto legislativo prevê ainda a possibilidade da instituição de soluções integradas no âmbito da administração e cobrança do IBS e do CBS:

Art. 3º O Comitê Gestor do IBS é composto pelo seu Corpo Diretivo, instância máxima com funções deliberativas e institucionais, e pelo Conselho Tributário do IBS, com competência para julgar questões jurídicas suscitadas no âmbito do contencioso administrativo tributário do IBS.

Art. 10. O Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços e a administração tributária da União poderão implementar soluções integradas para a administração e cobrança do Imposto sobre Bens e Serviços – IBS e da Contribuição sobre Bens e Serviços - CBS. (BRASIL, 2024).

Por seu turno, foi apresentado o **PLP n.º 50/24**, cujo objeto trata da regulamentação do recolhimento, fiscalização e cobrança do IBS e da CBS, no qual estipula-se expressamente a adoção de câmaras de mediação como mecanismo pré-processual e com mediadores externos ao quadro do Comitê Gestor – cujo acordo, caso formalizado e apenas em determinadas situações, será submetido à apreciação de outros mediadores também não pertencentes ao quadro de servidores do Comitê Gestor do respectivo tributo – e cria a figura do “Parecer Normativo Conjunto Vinculante” a ser editado pelos órgãos gestores do IBS e do CBS em observância aos precedentes vinculantes dos tribunais superiores, senão vejamos:

Art. 58. Quando houver a lavratura do auto de infração e imposição de multa (AIIM), o contribuinte terá 20 (vinte) dias para manifestar interesse de submeter o AIIM à mediação.

§1º. A mediação será realizada por mediador independente, a ser apontado pela autoridade administrativa atuante, a partir da lista de mediadores independentes formada no âmbito do Comitê Gestor.

(...)

§ 9º. No caso de proposta do mediador que envolva redução de principal em mais de 30% (trinta por cento), esta proposta deverá ser revisada e aprovada por outros 2 (dois) mediadores escolhidos pelo mediador principal a partir da lista de mediadores do Comitê Gestor, que atuarão somente nesta revisão.

Art. 81. Fica instituída a obrigatoriedade de Parecer Normativo Vinculante com o objetivo de uniformizar a interpretação da CBS e do IBS, sendo obrigatória uma única interpretação dos tributos do art. 156, B e 195, V.(...)

§3º. No prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar do trânsito em julgado dos precedentes vinculativos proferidos pelos tribunais superiores (recursos repetitivos e repercussão geral), será emitido Parecer Normativo Conjunto Vinculante (PNCV) para GARANTIR A OBRIGATORIEDADE da observância aos precedentes judiciais, em todas as

esferas da Administração Tributária e dos órgãos julgadores.

(...)

§5º. O PNCV deve ainda indicar as hipóteses de (i) dispensa de recorrer; e/ou (ii) desistência dos processos em curso por parte das Procuradorias responsáveis pela cobrança judicial do IBS e da CBS.

Finalmente, há o caminho do **PLP n.º 68/24** de autoria do Executivo que, ao tratar da instituição do IBS e da CBS, busca regulamentar a instalação do “Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias” – com atribuição para uniformizar a interpretação legislativa e prevenir litígios em matérias comuns relativas ao IBS e à CBS, bem como deliberar sobre procedimentos e obrigações acessórias destas espécies tributárias – e do “Fórum de Harmonização Jurídica” – com atuação consultiva para analisar controvérsias jurídicas relevantes – ambos com competência para editar atos vinculantes no âmbito das administrações dos entes federativos, *ex vi*:

Art. 306. O Comitê Gestor do IBS, a RFB e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional atuarão com vistas a harmonizar normas, interpretações, obrigações acessórias e procedimentos relativos ao IBS e à CBS.

Art. 309. Compete ao Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias:

I - uniformizar a regulamentação e da interpretação da legislação relativa ao IBS e à CBS em relação as matérias comuns;

II - prevenir litígios relativos às normas comuns aplicáveis ao IBS e à CBS; e

III - deliberar sobre obrigações acessórias e procedimentos comuns relativos ao IBS e à CBS.

Parágrafo único. As resoluções aprovadas pelo Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias, a partir de sua publicação no Diário

Art. 310. Compete ao Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias:

I - Atuar como órgão consultivo do Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias nas atividades de uniformização e interpretação das normas comuns relativas ao IBS e à CBS; e

II - analisar relevantes e disseminadas controvérsias jurídicas relativas ao IBS e à CBS suscitadas nos termos do § 1º.

Art. 311. Ato conjunto do Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias e do Fórum de Harmonização Jurídica das Procuradorias deverá ser observado, a partir de sua publicação no Diário Oficial da União, nos atos administrativos, normativos e decisórios praticados pelas administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e nos atos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e das Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

As referidas proposições parlamentares, muito embora busquem regulamentar o novo regramento da EC n.º 132/23 ainda pecam ao tangenciar apenas a forma de instalação e transição dos regimes tributários sob a ótica das atividades de arrecadação e fiscalização,

sem, contudo, tecer maiores esclarecimentos sobre como será realizada transição e a unificação da atuação consultiva e contenciosa das procuradorias dos Estados, Distrito Federal e Municípios no âmbito da figura unificada do Comitê Gestor.

Não obstante, tais PLPs dão indícios de que possivelmente a temática será rebaixada para o âmbito dos regimentos internos das respectivas entidades gestoras do IBS e do CBS, circunstância que, no entanto, abre espaço para maior incerteza e insegurança jurídica no que diz respeito à atuação da advocacia pública na matéria destes tributos, fato este que inegavelmente surtirá efeitos regressivos na arrecadação dos entes subnacionais e, conseqüentemente, terá o condão de ocasionar diversos questionamentos no âmbito do Poder Judiciário, em contramão ao intento reformador e unificador da reforma trazida pela EC n.º 132/23.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente, a EC n.º 132/23 remodelou o sistema de repartição de competências tributárias original da Constituição Federal de forma a satisfazer a necessidade já há muito tempo existente em nosso ordenamento jurídico de simplificação do Sistema Tributário Nacional.

A simplificação, contudo, não vem desacompanhada de inúmeros desafios e, embora o texto da reforma tributária cuide antecipadamente de pontos cruciais a respeito de como será a dinâmica do cenário jurídico após o regime de transição dos atuais tributos e o ISB e o CBS, outras questões imprescindíveis à administração tributária e ao contencioso tributário foram deixadas em segundo plano, uma vez que inexistente atualmente um direcionamento da EC n.º 132/23 a respeito de como serão utilizadas as estruturas únicas já existentes de cada entidade da federação no âmbito do Comitê Gestor do IBS.

Neste contexto, surgem indagações sobre o “novo” papel desempenhado pelas atuais procuradorias regionais e locais e o reflexo desta nova roupagem na autonomia fiscal dos entes aos quais se encontram vinculados, principalmente porque a autonomia até então existente para cada ente político de dispor sobre os tributos de sua competência será aglutinada na figura do mencionado Comitê, a quem caberá inclusive disciplinar o regime de atuação dos procuradores que eventualmente venham a ser cedidos para os seus quadros de pessoal efetivo.

Preocupações de índole logística, administrativa, política e jurídica colocam o futuro da advocacia pública no regime pós-transição da EC n.º 132/32 em uma posição, no mínimo, ainda obscura e nos faz ponderar, novamente, sobre a necessidade de uma reforma da magnitude como esta que foi implementada pelo constituinte derivado, principalmente uma vez que caminhos que causariam menor tensão ao atual regime democrático da federação foram colocados sob o crivo do legislativo, a exemplo da PEC n.º 46/22.

Não obstante, diante da alternativa ao final promulgada, espera-se que as dificuldades aqui delineadas colaborem para que o desenho institucional das figuras do novo sistema tributário seja traçado de forma harmônica, sem colocar em cheque a organização das procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de tal forma a prejudicar a autonomia fiscal dos entes subnacionais, de modo que seja alcançado, a um só tempo, a pretendida simplificação do sistema e a eficiência do contencioso tributário administrativo e judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Reforma Tributária: A Nova Tributação do Consumo no Brasil**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. **A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, v. 55, n.º 219, p. 27-52, jul./set., 2018.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Direito Tributário e Princípio Federativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRAGA, Francisco. **Direito Constitucional Grifado**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal**. Brasília, 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda Constitucional n.º 45 de 2019**. Proponente: Deputado Federal Baleia Rossi, Brasília, 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Lei Complementar n.º 37 de 2024**. Proponente: Deputada Federal Adriana Ventura, Brasília, 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Lei Complementar n.º 39 de 2024**. Proponente: Deputada Federal Adriana Ventura, Brasília, 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Lei Complementar n.º 50 de 2024**. Proponente: Deputado Federal Joaquim Passarinho, Brasília, 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Lei Complementar n.º 68 de 2024**. Proponente: Poder Executivo Federal, Brasília, 2024.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 33. ed., rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n.º 109/2021. São Paulo: Malheiros.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: reflexões sobre filosofia e ciência em prefácios**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

CYPRIANO, Gabriel; JÚNIOR, Aldo de Paula; SANTI, Eurico de; SANTIN, Lina. **PEC 45, IBS e mitos sobre a ofensa ao pacto federativo**. JOTA. São Paulo, 2019.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Federalismo, Liberdade e Direitos fundamentais**. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 4, n.º 1, 2018.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- KRASOVESKY, Carolina Gomes do Nascimento. **Princípio Federativo e Reforma Tributária**. Dissertação (Mestrado) – Pontifício Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, 2023.
- LEITE, Vitor Thaler Teixeira. **A Cláusula Pétreia do Princípio Federativo e a PEC n.º 45/2019**. Revista de Direito Tributário Atual – IBDT, n.º 43. São Paulo: 2019.
- MACATRÃO, Janine Gomes Berger de Oliveira; EGUCHI, Mônica Mayumi; FREITAS, Rebecca Corrêa Porto de; PIRES, Danilo Barth; MONTES, Fábio Augusto Daher; JÚNIOR, Hélio José Marsiglia. **O Contencioso Judicial Fiscal e a Reforma Tributária**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 45, n.º 93. São Paulo, 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- QUEIROZ, Paulo Guilherme Gorski de. **A Reforma Tributária Proposta pela PEC n.º 45/2019 e os Eventuais Impactos na Advocacia Pública**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 45, n.º 93. São Paulo, 2021.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Reforma tributária simplifica, mas tem efeitos regressivos e centralizadores**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2019.
- SCHWENK, Camila Rocha; AZEVEDO, Cristina Mendes Miranda de. **Reforma Tributária: Considerações sobre o Contencioso Administrativo Tributário e a Execução Fiscal Administrativa**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 45, n.º 93. São Paulo, 2021.
- SOUZA, Hamilton Dias de. **Reforma Tributária: a PEC 45/2019 afronta o pacto federativo**. JOTA. São Paulo, 2019.
- TEMER, Michel. **Elementos do Direito Constitucional**. 24. ed. 3. Tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Direito Internacional Humanitário e intervenção humanitária: evolução histórica e atuais contornos

Paulo Victor Costa Brito¹
José Gebran Batoki Chad²
Clara Léda Rodrigues³

RESUMO

O artigo tem por objetivo investigar a evolução histórico-conceitual do Direito Internacional Humanitário, com ênfase no instituto da intervenção humanitária. Perquirir-se, desde a idade antiga até a contemporaneidade, os principais marcos históricos e teóricos responsáveis pelo desenvolvimento da matéria e pelos seus atuais contornos, definições e dilemas. A intervenção humanitária é estudada, enquanto possibilidade de medida de segurança internacional, no âmbito no Capítulo VII da Carta da Organização das Nações Unidas (Ação Relativa a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão). O poder absoluto de veto possuído pelos membros permanentes do Conselho de Segurança é analisado e considerado como um óbice à eficácia das normas que autorizam a realização de operações de intervenção humanitária.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário. Intervenção Humanitária. Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU).

1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Público, em especial o Direito Internacional Humanitário, representa uma área do Direito Público que vem sofrendo importantes transformações nas últimas décadas, em decorrência, principalmente, dos conflitos internacionais deflagrados nesse período.

- 1 Procurador do Estado do Amazonas e advogado. Especialista em Direito Civil e Processual Civil e pós-graduando em Direito Público. Autor de livro na área de Direito Internacional Público. Foi analista judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região e advogado da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH).
- 2 Procurador do Estado do Amazonas, professor universitário e advogado. Mestre em direito pela FDRP-USP. Especialista em direito tributário pela FDRP-USP. Especialista em direito civil e direito processual civil pela EPD. Pesquisador nos Grupos de Estudo e Pesquisa em Sociologia do Direito e Direitos Socioambientais, da FDRP-USP, e de Estudo e Pesquisa de Orçamentos Públicos: planejamento, gestão e fiscalização, da FD-USP.
- 3 Advogada, pós-graduanda em Direito Público, formada em Direito pelo Centro Universitário Dom Bosco (UNDB).

Com efeito, como o Direito Internacional Humanitário – outrora cognominado Direito da Guerra – se reporta diretamente à conformação jurídica dos conflitos internacionais, o atual panorama da segurança internacional fornece incontáveis desafios aos organismos internacionais responsáveis por sua aplicação e, de conseguinte, vasto campo investigativo quanto aos seus principais conceitos e dilemas práticos e teóricos.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo apresentar uma análise dos principais conceitos envolvendo a noção de intervenção humanitária, partindo da sua evolução histórico-conceitual até o atual estado da arte em que a matéria se situa, inclusive quanto aos principais dilemas e controvérsias que cingem o tema da intervenção humanitária, ainda pouco explorado na bibliografia nacional.

Ao final, analisa-se o poder de veto titularizado pelos membros permanentes do Conselho de Segurança, o qual tem se revelado como inegável óbice à eficácia das normas que autorizam a realização de operações de intervenção humanitária.

Do ponto de vista teórico-metodológico, portanto, o presente artigo se classifica como jurídico-teórico, pois investiga aspectos conceituais e doutrinários do campo que pretende investigar, e, também, jurídico-sociológico, uma vez que propõe-se a compreender o fenômeno jurídico no contexto social mais amplo, trabalhando com as noções de eficácia e de efetividade das relações Direito/sociedade (GUSTIN, DIAS, 2002, p. 41-42).

A pesquisa se classifica, ainda, como bibliográfica, uma vez que é elaborada com base em material já publicado (GIL, 2022).

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

A evolução conceitual do que atualmente se compreende por Direito Internacional Humanitário (e, conseguintemente, Intervenção Humanitária) ocorreu principalmente no seio dos conflitos internacionais deflagrados no Século XIX, a exemplo dos ocorridos em Ruanda, Somália e na Bósnia e Herzegovina, mais especificamente no que diz respeito à atuação da Organização das Nações Unidas (ONU) nesses conflitos.

À guisa de definição, Christophe Swinarski define Direito Internacional Humanitário da seguinte maneira:

É um conjunto de normas internacionais, que se originam em convenções ou em costumes, especificamente destinadas a serem aplicadas em conflitos armados, internacionais ou não internacionais, que limitam, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito a escolher livremente os métodos e os meios utilizados no combate (Direito de Haia) e que protegem as pessoas e os bens afetados (Direito de Genebra). (SWINARSKI, 1991, p. 11).

Analiseemos, ainda que sem pretensões de esgotar o tema, como se deu a evolução desse conceito.

2.1 Idade Antiga e Idade Média

O desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário nas idades antiga e média foi bastante limitado. Jean Marcel Fernandes (2006, p. 26), por exemplo, afirma que “a Idade Média pouco contribuiu ao desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário”.

De toda sorte, teoriza-se que na idade antiga, em momento cuja data exata é inidentificável, houve uma mudança de grande importância na forma como os povos encaravam o fenômeno da guerra: de algo tido como natural e inevitável, passou-se a vê-la como uma questão de escolha humana e consciente. E seria precisamente essa mudança de perspectiva que teria possibilitado a formulação das primeiras teorias e normas atinentes ao fenômeno da guerra. (NEFF, 2005).

Nessa ordem de ideias, é possível identificar na antiguidade traços e costumes germinais que iriam, séculos mais tarde, formar as bases das normas escritas em Genebra e em Haia. (FERNANDES, 2006).

Paradoxalmente, o primeiro passo na direção da humanização dos conflitos foi o de não mais eleger a morte como destino dos povos vencidos, mas a escravidão, prática na qual a economia de muitas sociedades primitivas já se encontrava alicerçada. “Sob esse ponto de vista, ainda que abominável, a escravidão pode ser considerada como um progresso”, anota Jean Marcel Fernandes (2006, p. 24).

O povo grego, por exemplo, tinha três principais objetivos em seu treinamento militar: prevenir que o guerreiro se tornasse escravo; gerar uma liderança em favor do bem comum e escravizar aqueles que em sua concepção merecessem tornar-se escravos, i.e., os bárbaros. (SIDEBOTTOM, 2005).

Ainda na idade antiga, importante ressaltar a cultura militar dos sumérios. Conforme relata Jean Marcel Fernandes (2006, p. 24), os inventores da escrita acatavam em seus confrontos regras pré-estabelecidas, como a necessidade de declaração de guerra, a imunidade parlamentar e o tratado de paz. Demais, segundo o mesmo autor, os egípcios portavam-se com clemência, providenciando alimentos, roupas e remédios aos oponentes; e os hititas poupavam os habitantes das cidades que conquistavam.

O Código de Manu (datado do primeiro milênio a.C.), por exemplo, proibia o guerreiro que estivesse em uma carruagem de atacar o inimigo que estivesse a pé; determinava que inimigos não poderiam ser abatidos quando estivessem em retirada; censurava o assassinato dos prisioneiros de guerra em favor do pagamento de resgates, e vedava o uso de algumas táticas de guerra, como a utilização de armas ocultas ou farpadas. Há certa evidência de que essas normas eram, em alguma medida, observadas. (NEFF, 2005).

Quanto à idade média, apesar do tímido desenvolvimento dos institutos relacionados ao Direito Internacional Humanitário, há que se notar que nesse momento histórico regras costumeiras aplicavam-se aos confrontos entre os povos. Especialmente no Século XVI, tornaram-se comuns os chamados cartéis e capitulações, nos quais chefes militares acordavam regras específicas para o conflito de que estivessem participando. Tais acordos possuíam natureza essencialmente humanitária, uma vez que versavam antes sobre a proteção às vítimas da guerra do que sobre o confronto militar propriamente considerado. (REZEK, 2016).

2.2. Idade Moderna

O surgimento dos Estados nacionais em muito acelerou o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário.

Um dos primeiros antecedentes teóricos da ideia de intervenção humanitária é a ideia de *ius communicationis*, sustentada em 1528 por Francisco de Vitória, a qual consistiria no direito natural de comunicação recíproca entre os homens. Vitória foi professor de teologia na Universidade de Salamanca, de 1521 a 1546, e sua produção intelectual é de singular importância para o Direito Internacional Público como um todo. Seguindo a escola aristotélica de um direito natural racional, F. de Vitoria sustentava a existência de laços naturais de sociabilidade que, baseados na razão e na comunicação, uniriam todos os homens, entendidos como iguais. Esses laços constituiriam uma comunidade internacional (*totius orbis*) e fundamentariam o direito básico de relações recíprocas, bem como justificariam a existência de um dever de ajuda. Uma eventual intervenção teria, portanto, como primeiro objetivo, a garantia do *ius communicationis*. (CHORNET, 1995).

As ideias defendidas por Francisco de Vitória representam uma mudança na forma de se enxergar a independência dos Estados. Antes do autor, entendia-se que o direito de cada Estado sobre seu território seria da mesma natureza que o de um proprietário sobre seus campos; a doutrina vigente era de completa e absoluta independência dos Estados. Ao rejeitar essa forma de pensar, Vitória substitui a independência pela interdependência dos Estados; argumenta existir uma *societas naturalis* das nações, em cuja base residem, ainda que de forma embrionária, elementos fundamentais das teorias das escolas de direito natural e das gentes, *i.e.*, o estado de natureza e o contrato social. (ACCIOLY, 2009).

“O direito das gentes não tem somente força de pacto ou de convenção entre os homens, mas possui, igualmente, força de lei. O mundo inteiro [...] constitui uma república, [que] tem o dever de levar leis justas e ordenadas para o bem de todos” (2009, p.50), escreveu Francisco de Vitória.

Abordemos, agora, o legado de Hugo Grotius, autor, dentre outras produções, da obra *De Jure Belli Ac Pacis* e um dos principais responsáveis pelo surgimento do Direito Internacional Público enquanto ciência autônoma e sistematizada.

Atualmente, se considera que é justamente com Grotius que tem início o reconhecimento do princípio de não intervenção, um dos princípios-chave do Direito Internacional, intimamente vinculado ao de soberania estatal. Assim, a intervenção entre Estados nacionais, para o autor, seria uma exceção, justificável somente em casos específicos, como em represália às nações que tenham cometido graves faltas contra a lei natural, circunstância na qual o dever de ajuda deveria recair, igualmente, sobre todos os membros da sociedade internacional. (CHORNET, 1995).

Grotius, ao ventilar a possibilidade de intervenção em um Estado que tenha cometido graves faltas contra o direito natural, é um dos responsáveis pela secularização da doutrina da guerra justa, interpretando de forma extensiva o conceito de “justa causa”; existiriam, portanto, guerras legítimas de repressão e de sanção, estas não abrangendo mais somente as faltas morais, mas também ofensas a direitos naturais. Partindo do pressuposto de que os indivíduos são sujeitos de direito por excelência, o autor admitia a competência do Estado não somente em relação a infrações cometidas por estrangeiros dentro de seu território,

mas também frente a ofensas cometidas fora de seus limites geográficos que representassem violação a si ou aos seus interesses. Essa forma extensiva de se entender a competência repressiva dos Estados levaria à admissão do princípio da extradição, bem como à restrição do direito de asilo. (GONÇALVES, 2009).

Durante o interregno de 1618 a 1648 a Europa foi palco de sangrentas guerras decorrentes da cisão espiritual fomentada pela Reforma e Contrarreforma. São os tratados de Münster e Osnabrück, celebrados em 24 de outubro de 1648, que põem fim à Guerra dos Trinta anos e iniciam a era da Paz de Vestfália, a partir da qual “põe-se o marco de surgimento do Direito Internacional como ramo autônomo do Direito” (ACCIOLY, 2009, p. 64).

Ademais, como resultado dos processos simultâneos da separação entre o temporal e o espiritual e da gradativa concentração de poder na figura do monarca, é este momento histórico que marca o nascimento do Estado soberano. A separação entre o temporal e o espiritual ocorre quando o monopólio da força em dado território passa a ser de exclusividade do Estado (*vis coactiva*), em contraposição à Igreja, que detém o monopólio da distribuição de bens espirituais (*vis directiva*). É a partir do sistema desenhado em Vestfália, portanto, que se consolida o modelo moderno de Estados, composto por unidades políticas soberanas, que interagem segundo propósitos e fins variados. Precisamente essa interação marca o início da constituição da sociedade internacional, cujo caráter precário não diminui a relevância teórica, e que determina que em função de valores e interesses em comum, os Estados vinculam-se a regras, dentre as quais ressaltam-se o respeito à soberania e aos acordos celebrados (*pacta sunt servanda*). (AMARAL JÚNIOR, 2003).

Como decorrência da direta soberania estatal e da visão de que a sociedade internacional se organiza em torno de Estados autônomos e autossuficientes, “a partir de 1648 a não-intervenção tornou-se regra básica de coexistência entre os Estados” (AMARAL JÚNIOR, 2003, p. 56).

Portanto, parte substancial das ideias defendidas por Hugo Grotius foi implementada a partir da Paz de Vestfália.

Nesse período, também merece destaque o pensamento de Christian Wolff, filósofo alemão do Século XVII. A concepção de Wolff acerca da comunidade mundial (*civitas maxima*) seria a primeira manifestação da ideia que, séculos mais tarde, encontraria forma com a tentativa de institucionalização da Sociedade da Nações e, após, com a Organização das Nações Unidas (ONU). O autor também já defendia a possibilidade de se neutralizar conflitos entre Estados por meio da atuação de terceiros que não estivessem diretamente implicados na controvérsia. Fortemente influenciado pela ideia de existência do direito natural, entende que os Estados são pessoas jurídicas que se relacionam em estado de independência natural (estado de natureza), mas ainda assim com a obrigação recíproca dos deveres de humanidade e solidariedade. (ACCIOLY, 2009).

Em Wolff encontramos também o reconhecimento expresso do princípio de não intervenção e uma concepção de intervenção particularmente restritiva.

Por fim, interessante notar que Rousseau defendeu a existência do “princípio da humanidade”, o qual viria a influenciar profundamente o Direito Internacional Humanitário como um todo, além de ter ressaltado a diferença de tratamento que deveria existir entre combatentes e civis nos conflitos. Para o autor, o estado de guerra é uma relação de Estado para Estado, e não de homem para homem. E é dessa premissa que concluiu pela impossibilidade de o Estado vencedor escravizar ou matar o povo do Estado vencido. (ROUSSEAU, 2013).

2.3. Idade Contemporânea

Até o momento, podemos observar o lento e paulatino desenvolvimento das ideias referentes ao escopo do presente trabalho. Com efeito, se, por exemplo, na idade antiga a escravidão representara um avanço ao substituir a morte em massa dos povos vencidos, na idade moderna passou a representar uma ofensa intolerável ao direito natural e à ordem comum.

É somente na idade contemporânea, contudo, que o Direito Internacional Humanitário surgirá tal como o entendemos atualmente, impulsionado pelos conflitos que marcaram – e continuam a marcar – o período e os acordos e tratados que daí resultaram.

O suíço Henri Dunant é tido como o precursor da produção escrita do Direito Internacional Humanitário. Ao presenciar, em 24 de junho de 1859, a Batalha de Solferino, conforme narra em seu livro *Lembrança de Solferino*, o cofundador do que viria a ser o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) empreendeu esforços para humanizar os combates e a ajuda aos feridos, que culminariam com a Convenção de Genebra de 1864. Em suas palavras:

Em certas ocasiões especiais, como por exemplo, quando os príncipes da arte militar de diferentes nacionalidades se encontram em Colônia ou em Châlons, não seria desejável que eles aproveitassem esse tipo de congresso para formular algum princípio internacional, sancionado por uma Convenção de caráter inviolável, a qual, uma vez acordada e ratificada, possa constituir a base para as sociedades de socorro dos feridos nos diferentes países europeus? (DUNNANT, 2016, p. 124).

Assim, Henri Dunnant, após ter aberto os olhos de seus pares para as atrocidades cometidas na guerra, principalmente contra os civis, através da *Lembrança de Solferino*, uniu-se a quatro compatriotas (Gustave Moynier, Guillaume-Henri Duffour, Louis Appia e Théodore Maunoir) e, juntos, fundaram o Comitê Internacional de Socorro aos Militares Feridos, que a partir de 1876 passou a denominar-se Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

O Comitê convenceu o Governo da Suíça a convocar uma Conferência Internacional, realizada em 1864, para debater o tema. Ao fim, dos dezesseis Estados presentes, doze assinaram a Convenção de Genebra de 1864 para a Melhoria da Sorte dos Militares Feridos nos Exércitos em Campanha.

É esse, de acordo com a doutrina majoritária, o marco de nascimento do Direito Internacional Humanitário. (FERNANDES, 2006).

Os artigos do documento versavam sobre a proteção a médicos e outras pessoas incumbidas em trabalhos de socorro; obrigatoriedade do tratamento de enfermos e feridos e imunidade de hospitais e veículos hospitalares, cuja indicação, a partir de então, passou a ser uma cruz vermelha sobre um fundo branco.

Quatro anos depois, em 1868, a Declaração de São Petesburgo proibiu o uso de projéteis explosivos que pesassem menos de 400g. A justificativa seria de que tais projéteis eram eficazes somente para matar um homem, o que poderia ser feito com um projétil comum, sendo, portanto, desnecessária e cruel a utilização do meio explosivo nesse caso.

Observa-se que, em regra, os tratados firmados no âmbito do Direito Internacional Humanitário podem ter dois objetivos principais: a proteção internacional das vítimas de conflitos armados ou a limitação de meios e métodos empregados em conflitos armados. Ao primeiro grupo de normas convencionou-se chamar Direito de Genebra, em virtude dos esforços do CICV; o segundo denomina-se Direito de Haia. A Declaração de São Petersburgo, por exemplo, situa-se na seara de influência do Direito de Haia. (FERNANDES, 2006).

Dessa forma, o conjunto das normas do Direito de Genebra e do Direito de Haia é denominado *jus in bello*, i.e., a parte do Direito de Guerra que se ocupa de reger a conduta dos Estados nas situações de conflitos armados. Não se confunde com *jus ad bellum*, que busca regulamentar em que situações um Estado soberano possuiria direito à guerra.

Em resumo, os principais acordos que constituem o Direito de Genebra são os seguintes: revisão e desenvolvimento da Convenção de Genebra de 1864 (1906); Protocolo de Genebra relativo à Proibição do Emprego na Guerra dos Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Meios Bacteriológicos (1925); revisão e desenvolvimento da Convenção de Genebra de 1906 e Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (1929); Convenções de Genebra (1949); Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949 (1977).

Os tratados de Genebra, portanto, estabelecem normas de proteção às pessoas fora de situação de combate e àquelas que não chegaram a se envolver nas hostilidades, abrangendo feridos, enfermos, náufragos, prisioneiros de guerra, população civil, pessoal de socorro, pessoal sanitário. Protegem, ainda, os bens civis, principalmente os culturais.

Quanto ao Direito de Haia, merecem menção: Primeira Conferência Internacional da Paz da Haia (1899); Segunda Conferência Internacional da Paz da Haia (1907); Convenção da Haia para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (1954).

Note-se que não é absoluta e nítida a linha divisória entre o Direito de Haia e o Direito de Genebra, e que ambos, juntos, formam o alicerce do Direito Internacional Humanitário. O importante é que ambos possuem, como se percebe, uma característica em comum: a motivação de pacificação e de promoção da segurança internacional. (FERNANDES, 2006).

Após o fim da Primeira Guerra, nascem novas demandas que passam a integrar a agência nacional, como a preocupação com a justiça social, a equidade nas relações de trabalho, a proteção às minorias, o combate à discriminação racial e a necessidade de institucionalização de um sistema de segurança coletivo, apto a garantir a paz e impedir a deflagração de futuras guerras (AMARAL JÚNIOR, 2003).

Woodrow Wilson, então presidente norte-americano, julgava que a paz dependia de instituições apropriadas constituídas a partir de acordos formais que aumentassem a confiança mútua. Dessa forma, é criada a Liga das Nações, com o escopo de enfrentar alguns dos desafios que se apresentavam. Contudo, a imposição de sanções a um Estado infrator dependia da concordância unânime dos integrantes do Conselho da SDN, o que veio, na prática, a inviabilizar o funcionamento do sistema. Cada membro tinha a possibilidade de vetar as ações, paralisando a instituição e erodindo os mecanismos de manutenção da paz. (AMARAL JÚNIOR, 2003).

Inclusive, ao receber, em 1933, denúncias contra o regime alemão de Hitler, a SDN se absteve de qualquer condenação ou tomada de medida. A comunidade internacional por longo período assistia às violações em massa dos direitos humanos sem nelas se imiscuir, em atitude qualificada por Mario Bettati (1997, p. 19) como covardia dos Estados, das democracias e dos juristas cegos, que deixaram o princípio da não intervenção triunfar sobre a justiça.

A Segunda Guerra tornou evidente a ineficácia do sistema desenhado com a SDN, que se mostrou incapaz de manter a paz internacional. Assim, após os conflitos, e com vistas a superar as debilidades que haviam marcado a Liga das Nações, a Organização das Nações Unidas (ONU) é criada oficialmente em 24 de outubro de 1945, por meio da Carta de São Francisco, por 51 países, e seu sistema se baseia na soberania estatal, na restrição ao uso da força, no respeito aos cidadãos e na solução pacífica dos litígios.

Amaral Júnior (2003, p. 77) define a ONU como “uma organização intergovernamental, composta por Estados independentes, que pretendem realizar certos fins, dos quais os mais importantes são a preservação da paz e da segurança”.

A Carta das Nações Unidas de 1945 previu expressamente o princípio da não intervenção (art. 2º, §7º), mas fez importantes ressalvas, consubstanciadas nas hipóteses previstas no Capítulo VII, e teve o mérito de vedar a ameaça e o uso da força (art. 2º, §4º).

Ponto fulcral para a concepção atual do tema, o Capítulo VII da Carta da ONU estabelece as balizas para as ações de manutenção ou restabelecimento da paz ou segurança internacionais. Nesse contexto, destacam-se os seguintes artigos:

Artigo 39

O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Artigo 40

A fim de evitar que a situação se agrave, o Conselho de Segurança poderá, antes de fazer as recomendações ou decidir a respeito das medidas previstas no Artigo 39, convidar as partes interessadas a que aceitem as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis. Tais medidas provisórias não prejudicarão os direitos ou pretensões, nem a situação das partes interessadas. O Conselho de Segurança tomará devida nota do não cumprimento dessas medidas.

Artigo 41

O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.

Artigo 42

No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas.

É precisamente do Capítulo VII da Carta da ONU – “Ação Relativa a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão” – que a intervenção humanitária surge enquanto possibilidade de medida de segurança internacional (RODRIGUES, 2000).

Percebe-se da redação do Capítulo VII da Carta da ONU que antes do Conselho de Segurança valer-se do uso das forças aéreas, navais ou terrestres, deverão ser adotadas recomendações ou medidas, sem o uso de força bélica, para restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Contudo, inobstante os avanços até então logrados, a Comunidade Internacional se manteve inerte em relação às crises internacionais que se iam revelando. Dentre outros exemplos, a disposição do art. 2º, §7º, da Carta das Nações Unidas (princípio da não intervenção) foi suscitada pela África do Sul para que os demais Estados não interviessem em sua política de *apartheid* (BETTATI, 1997).

Ainda durante toda a Guerra Fria, a ONU limitou-se a exercer um papel marginal e coadjuvante. Foi omissa quanto às crises da Hungria (1956), Tchecoslováquia (1968) e da Indochina (1946). Após o arrefecimento da Guerra Fria, contudo, observou-se uma crescente atuação do órgão, que atuou, *v.g.*, na Ruanda, no Iraque e na Bósnia (RODRIGUES, 2000).

Atualmente, Mónica Pinto (2003, p. 297) sublinha a importância do estabelecimento de critérios objetivos que justifiquem e autorizem a aplicação do direito internacional humanitário. Desta forma, somente critérios objetivamente verificáveis na realidade poderiam embasar um direito internacional humanitário aplicado quase automaticamente, uma vez que excluir-se-iam as tentativas de manipulação política do instituto. Para a autora, tal critério autorizador seria a instauração de conflito armado.

No entanto, o que se verifica é que o poder de veto dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU inviabiliza, na prática, a adoção de medidas de intervenção humanitária na forma do Capítulo VII da Carta quando presente interesse de um daqueles membros. É o que ocorre, por exemplo, no atual conflito entre Rússia e Ucrânia, no qual se teve – e ainda se tem – grave violação a direitos humanos, em desrespeito ao Direito de Genebra ante a incidência de bombardeios em áreas povoadas por civis, em que a Rússia, membro permanente do Conselho de Segurança, vetou, isoladamente, a proposta de resolução redigida pelos Estados Unidos e pela Albânia condenando a ofensiva da Rússia à Ucrânia⁴.

A respeito da composição do Conselho de Segurança, conforme estabelece o artigo 23 da Carta das Nações Unidas, tem-se, atualmente, 15 (quinze) membros, dos quais 5 (cinco) são permanentes – sendo eles China, Estados Unidos, França, Reino Unido e Rússia – e 10 (dez) não, sendo os membros não-permanentes eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas para um mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução imediata (artigo 23.2).

Isso posto, para se compreender o “poder de veto” é necessário interpretar o artigo 27 da Carta, que cuida da votação dos membros do Conselho de Segurança; conforme o parágrafo terceiro do artigo 27, a decisão no Conselho de Segurança é tomada pelo voto afirmativo de nove membros, abrangidos os votos afirmativos de todos os membros permanentes. Com isso, atribuíram-se aos membros permanentes do Conselho de Segurança o poder

4 NAÇÕES UNIDAS. **Rússia vota resolução do Conselho de Segurança condenando ofensiva à Ucrânia**. Disponível em: < <https://news.un.org/pt/story/2022/02/1781042> >. Acesso em 02 de jun. de 2024.

de votar em sentido contrário à proposição apresentada, isto é, o poder de vetar, por si só, eventuais resoluções apresentadas por outros Estados membros do Conselho de Segurança. Daí emerge, de maneira mais acentuada, a problemática de “qual medida adotar?” quando o Estado em conflito bélico, com grave violação a Direitos Humanitários, for membro permanente do Conselho de Segurança.

Assim, embora haja pontos positivos nas perspectivas das ações do Conselho de Segurança na proteção dos direitos humanos, como, a título de exemplo, o objetivo de impedir a manutenção de graves violações de direitos da pessoa humana, os aspectos negativos são inúmeros, notadamente – como leciona o Professor André de Carvalho Ramos – em relação ao “imobilismo e indiferença, motivados pelos interesses geopolíticos dos cinco detentores do poder de veto” (RAMOS, 2022, p. 67).

3. O CONCEITO DE INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA

Observamos como se deu a evolução histórico-conceitual do Direito Internacional Humanitário, no âmago do qual nasce a ideia Intervenção Humanitária, inicialmente enquanto teoria, posteriormente enquanto possibilidade nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU. Analisemos, neste momento, os atuais contornos doutrinários do tema, advertindo-se, desde logo, que “não há uniformidade na utilização do termo intervenção pela doutrina, e de que, conseqüentemente, a expressão *intervenção humanitária* também não é usada em sentido unívoco” (PEREIRA, 2009, p. 25).

3.1. Conceitos Afins

Em decorrência da falta de unanimidade doutrinária quanto à aceção de Intervenção Humanitária, é pertinente a análise de figuras que a ela se assemelham, para que entendamos as diferenças e as similitudes presentes, o que, afinal, ajudará a melhor delimitarmos seus contornos. É preciso ter em mente, ainda, que “também essas noções não são utilizadas de modo unívoco, pelo que a definição de seu conteúdo nem sempre é coincidente” (PEREIRA, 2009, p. 25).

3.2. Assistência Humanitária

A noção de assistência humanitária se insere no contexto do reconhecimento, por parte da Assembleia Geral da ONU, da necessidade de que a comunidade internacional estabelecesse mecanismos de rápida e efetiva reação ante situações de catástrofes que não poderiam ser remediadas, isoladamente, pelo Estado em cujo território ocorrem. Dessa forma, as ações de assistência humanitária pertencem a um campo mais próximo ao exercício de solidariedade e cooperação internacionais, diante de uma situação catastrófica envolvendo povos, minorias, ou, inclusive, Estados. Nesse cenário trata-se mais de uma ação de cooperação do que uma atuação de força por parte da comunidade internacional. (CHORNET, 1995).

Não há verdadeira intervenção, mas simples assistência, em nome da solidariedade internacional.

A título de definição, Maria de Assunção do Vale Pereira (2009, p. 27) relata que o *Institut de Droit International*, em resolução denominada *L'assistance humanitaire*, adotada em sessão de 2003 que teve lugar em Bruges (Bélgica), dispõe em seu art. 1º que pela expressão *assistência humanitária* deve-se entender “o conjunto dos atos, atividades e meios humanos e materiais relativos ao fornecimento de bens e de serviços de natureza exclusivamente humanitária, indispensáveis à sobrevivência e à satisfação das necessidades essenciais das vítimas de catástrofes”, consignando que por catástrofes devem ser compreendidas as calamidades que põem em perigo a vida, a saúde, a integridade física, o direito de não ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, outros direitos fundamentais da pessoa humana, ou as necessidades essenciais da população, sendo indiferente se são de origem natural, provocadas pelo homem, ou decorrentes da violência e de conflitos armados.

Nesse sentido, a Assembleia Geral reconhece o papel fundamental da atuação das Organizações Não Governamentais (ONGs) nessas situações de catástrofe ou de urgência similar, sem, contudo, descartar a possibilidade de atuação da própria Organização; é o que se verifica nas Resoluções 43/131, de 08 de dezembro de 1988, e 45/100, de 14 de dezembro de 1990. De qualquer forma, trate-se de atuação de ONG ou da própria ONU, reforça-se que a ação se dá de forma subsidiária em relação à soberania do Estado em que ocorre. Assim, o direito das vítimas à assistência exige o livre acesso a elas, o que pressupõe a autorização do trânsito da assistência humanitária por parte do Estado, autorização que é excepcional, transitória e limitada.

Contudo, conforme mencionado, a expressão não é empregada em sentido unívoco, inclusive pelo próprio Conselho de Segurança. Dessa forma, as Resoluções 688 e 712 do Conselho de Segurança, por exemplo, ao tratar da operação referente à minoria curda no norte do Iraque, que enfrentava situação de violação em massa de direitos humanos, a qualificou expressamente como de assistência humanitária. Todavia, a operação aproximava-se mais à manutenção da paz, uma vez que as violações se originavam do Iraque, de forma que o Conselho fez referência direta ao artigo 2.7 da Carta. (CHORNET, 1995).

3.3. Ingerência Humanitária

Logo de início pode-se observar que o vocábulo *ingerência* possui sentido mais abrangente do que o vocábulo *intervenção*. Aquele abrange diversas situações e comportamentos que possam de alguma forma significar interferência em assuntos internos de um Estado, enquanto este consubstancia-se em uma ação na qual existe um elemento coercitivo, que em sentido estrito se concretiza no emprego da força (PEREIRA, 2009).

Como vimos, as ações de assistência humanitária requerem o consentimento do Estado em que se desenvolverão, em respeito à sua soberania, bem como exigem uma posição de neutralidade e imparcialidade por parte de quem as presta. Diante disso, e das dificuldades muitas vezes impostas às ações, a partir dos anos 80 a expressão ingerência humanitária passa a ser utilizada pela doutrina. Chega-se a falar em direito de ingerência humanitária ou, ainda, para alguns, dever de ingerência humanitária. (PEREIRA, 2009).

Um dos seus principais expoentes é Mario Bettati (1997), que, entendendo que a ordem jurídica internacional privilegia mais os interesses do Estado do que os valores humanos,

organizou, em conjunto com Bernard Kouchner, uma conferência na França, no outono de 1986, acerca do tema “*Droit et Morale Humanitaire*”. A conferência culminou com a publicação de um texto cuja ideia central era de que o acesso ao território no qual se encontravam as populações vitimadas deveria ser entendido “não como um direito dos portadores de assistência, mas como um direito das vítimas à assistência, sendo os primeiros apenas devedores de um dever de ingerência humanitária” (BETTATI, 1997, p. 92). François Mitterand, então Presidente da República francesa, participou da conferência e se manifestou publicamente como partidário das ideias ali defendidas.

Ainda assim, e apesar do entusiasmo com que parcela da comunidade internacional adota a ideia de ingerência humanitária, não se pode afirmar que essa figura se tenha imposto normativamente no Direito Internacional. Com efeito, na vasta maioria dos casos a assistência humanitária não é factível sem o consentimento do Estado, notando-se ainda que também os órgãos onusianos, tanto a Assembleia Geral quanto o Conselho de Segurança, insistem no respeito pela soberania nacional, bem como pela neutralidade e imparcialidade na prestação dos socorros (PEREIRA, 2009).

3.4. Intervenção Humanitária: Atuais Contornos

Como aponta Simone Martins Rodrigues (2000, p. 91), “não há uma definição normativa [de intervenção humanitária] fixada nos documentos de Direito Internacional”. Assim, coube à doutrina fornecer os sentidos que a locução encerra.

São múltiplas as definições de intervenção humanitária que a literatura nos fornece. Contudo, a partir de uma análise das definições formuladas ao longo da história é possível a identificação de alguns elementos básicos e recorrentes. O apelo à justiça ou à legitimação da intervenção por questões humanitárias, por exemplo, se encontra presente desde as origens do assunto. O mesmo se pode afirmar quanto à existência de costumes, princípios ou exigências comuns à própria noção de humanidade (como o princípio de solidariedade), cuja violação teoricamente suspenderia em caráter excepcional o direito de não-intervenção decorrente da soberania do Estado ofensor. Ainda, o caráter irrenunciável dos direitos humanos, que justificaria ou até exigiria a intervenção para restabelecer onde a ação do Estado soberano gravemente os infringe. (CHORNET, 1997).

Maria de Assunção do Vale Pereira define intervenção humanitária como:

...uma intervenção feita com recurso à força amada, de caráter unilateral, e sem legitimação pelo Conselho de Segurança, destinada a proteger um grupo de indivíduos vítimas do Estado ou que este não tem capacidade ou interesse em proteger, e que tem lugar sem o consentimento do Estado em cujo território se verifica. (2009, p.402).

A pesquisadora lusitana situa, portanto, as intervenções humanitárias como aquelas realizadas à margem do sistema de segurança previsto na Carta das Nações Unidas e, *ipso facto*, ao arripio do Direito Internacional, uma vez que o uso da força fora das hipóteses ali previstas é vedado pelo art. 2º, nº 4, em que se encontra consagrado o princípio da proibição da ameaça e uso da força.

Em posição diversa encontra-se Simone Martins Rodrigues (2000), para quem a aplicação do Capítulo VII da Carta, como exceção à proibição do uso da força, serve como elemento definidor da intervenção humanitária.

Nesse sentido, para que se possa falar em intervenção humanitária entende-se que, para caracterizá-la, é necessário que o Estado soberano se oponha à ingerência externa (e eis o que a diferencia da assistência humanitária), e a intervenção deve ocupar-se de tarefas cuja titularidade seria, em regra, do Estado interdito. Ainda, há o uso ou a permissão do uso da força na garantia de seus objetivos, desde que em autodefesa e como último recurso. Dessa forma, denominam-se intervenções armadas ou coercitivas aquelas em que está envolvido o uso da força contra a vontade de pelo menos uma das partes envolvidas no conflito. A operação deve ser transfronteiriça – de sorte que as sanções econômicas ou diplomáticas lhe escapam –, e deve-se ter a autorização do Conselho de Segurança, confirmando que se trata de situação de risco à paz e segurança internacionais, em respeito ao disposto no Capítulo VII da Carta (RODRIGUES, 2000).

Atualmente, o maior desafio à eficácia das operações de intervenção humanitária parece ser o poder de veto possuído pelos membros permanentes do Conselho de Segurança, que podem, unilateralmente, decidir o prosseguimento ou a extinção de resoluções e medidas apresentadas por outros Estados, e em grande maioria anuídas, para a composição da problemática internacional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quadro de conflitos internacionais e de graves violações aos direitos humanos que permeou e continua a permear o cenário internacional deu azo a profundas mudanças na concepção do Direito Internacional Humanitário e das ações de intervenção humanitária.

Como visto, os temas estudados no presente artigo sofreram, a partir da idade moderna, profundas revoluções.

Se o princípio da não-intervenção era tratado como absoluto e inafastável, cada vez mais a comunidade internacional se depara com a necessidade de ação e pró-atividade na manutenção da paz e seguranças internacionais.

Nesse contexto, o Capítulo VII da Carta da ONU, ponto fulcral para a concepção atual do tema, estabelece as balizas para as ações de manutenção ou restabelecimento da paz ou segurança internacionais ainda que sem o consentimento do Estado nacional em que ocorrerá a intervenção e, apesar de opiniões divergentes na doutrina, é no âmbito do Capítulo VII Carta da ONU que se parece encontrar a melhor definição de intervenção humanitária.

Os dilemas ético-jurídicos que permeiam as ações de intervenção humanitária, todavia, estão longes de ser resolvidos. Os interesses geopolíticos envolvidos nas crises internacionais representam, como, em verdade, não poderia ser diferente, um desafio perene às operações, pondo em dúvida constante a imparcialidade e os motivos determinantes por trás das ações da ONU, além de representarem óbice quase intransponível ao consenso dos atores internacionais.

Não obstante, se os interesses divergentes dos Estados nacionais não podem ser removidos, é desejável que o desenho jurídico das Nações Unidas apresente soluções de balancea-

mento e equacionamento dos interesses envolvidos nas operações de manutenção da paz e segurança internacionais – e é precisamente nesse contexto que se pode questionar o poder de veto atribuído aos membros permanentes do Conselho de Segurança.

Com efeito, os Estados detentores do poder de veto são colocados em um plano de absoluta superioridade em relação aos demais Estados nacionais, em violação à soberania e à isonomia de difícil justificação, eis que podem não só obstar a ação do Conselho de Segurança quando esta for contrária a seu interesse, mas também proteger os seus próprios interesses quando forem eles os responsáveis pelas violações a serem combatidas.

Assim, embora haja pontos positivos nas perspectivas das ações do Conselho de Segurança na proteção dos direitos humanos, o imobilismo e a indiferença resultantes dos interesses geopolíticos dos Estados detentores do poder de veto representam possivelmente o maior desafio à eficácia das normas que autorizam a realização de operações de intervenção humanitária pela ONU e à consolidação de uma cultura de combate enérgico às violações aos direitos humanos no plano internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H.; SILVA, G.; CASELLA, P. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL JÚNIOR, A. **O Direito de Assistência Humanitária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris.

BETTATI, Mario. **O Direito de Ingerência: mutação da ordem internacional**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

CHORNET, Consuelo Ramón. *¿Violencia Necesaria? La intervención humanitaria en Derecho Internacional*. Madrid: Trotta, 1995.

DUNANT, Henry. **Lembrança de Solferino**. Genebra: CICV, 2016.

FERNANDES, Jean Marcel. **A Promoção da Paz Pelo Direito Internacional Humanitário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

GIL, Antonio C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771653. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771653/>. Acesso em: 03 jun. 2024.

GONÇALVES, Joannisval Brito. **Tribunal de Nuremberg**: a gênese de uma nova ordem no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GUSTIN, M.; DIAS, M. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. **Rússia veta resolução do Conselho de Segurança condenando ofensiva à Ucrânia**. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2022/02/1781042>>. Acesso em 02 de jun. de 2024.

NEFF, Stephen. **War and the Law of Nations**: a general history. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/>>. Acesso em 02 de jun. de 2024.

PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. **A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PINTO, Mónica. **La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia**. In: VALLADARES, G. (Org.). **Lecciones y Ensayos: Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 297-311.

RAMOS, André de C. **Processo internacional de direitos humanos**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2022. *E-book*. ISBN 9786555599275. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599275/>>. Acesso em: 03 jun. 2024.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança Internacional e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SIDEBOTTOM, Harry. **Ancient Warfare**: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2004.

SWINARSKI, Christophe. **A Norma e a Guerra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

Da inconstitucional concessão de valores a ex-governadores: estudo de caso da concessão de valores da ADI nº 4547 AM e seus efeitos na manutenção da Emenda Constitucional n. 75/2011

Priscila Krys Morrow Coelho Resende¹
Samuel Alves Resende²

RESUMO

O presente artigo tem por escopo retratar acerca da inconstitucional concessão de benefício vitalício a ex-governadores, por meio do estudo de caso da improcedência da ADI nº4547 pelo STF e seus efeitos na manutenção da flagrante inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 75/2011, promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Por intermédio da Pesquisa Qualitativa, buscar-se-á realizar uma análise das categorias de pagamentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, devidamente previstos na ordem constitucional e legal, bem como explicitar a respeito do conceito do instituto ilegitimidade, em clara pesquisa do tipo bibliográfica; para então, adotar um estudo de caso no que tange ao objeto da ADI nº 4547, quais seus efeitos na manutenção de Emenda Constitucional nº 75/2011 e como a manutenção desta Emenda gera graves violações de direito. O texto tem repercussão no mundo jurídico ao abordar matéria em voga na atualidade, trazendo conceitos e questionamentos que poderão ser adotados em várias das ações de constitucionalidade que tramitam no mesmo sentido – criando as condições necessárias para um movimento jurídico contrário à cegueira deliberada dos juristas quando da identificação de mecanismos escusos à lei que permitam a perda de objeto de processos, com simples fito de burlar a legislação.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Benefício. Constituição. Ex-governador. Indevidos.

- 1 Servidora Pública Federal, mestranda em Constitucionalismo e Direito da Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas- UFAM, pós-graduada em Administração Pública pela UCAM/Minas, Pós-graduada em Legislação e Tributos pelo Centro universitário de ensino superior do Amazonas - CIESA, Advogada. Priscila.krys.morrow@gmail.com.
- 2 Advogado. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Samuelresende.alves@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A concessão de valores a ex-governadores tem sido uma prática controversa em alguns estados brasileiros, levantando questões sobre sua constitucionalidade e compatibilidade com os princípios fundamentais do Estado de Direito. Nesse contexto, o presente estudo concentra-se em um caso emblemático: a concessão de valores da ADI nº 4547 AM e seus efeitos na manutenção da Emenda Constitucional n. 75/2011.

A concessão de benefícios financeiros a ex-governadores tem sido objeto de debates acalorados no cenário jurídico e político brasileiro. Enquanto alguns defendem que tais concessões são legítimas e justificadas pelo exercício do cargo público, outros argumentam que elas são inconstitucionais e contrárias aos princípios republicanos e de igualdade.

Nesse contexto, o caso específico da ADI nº 4547 AM ganha relevância. A Ação Direta de Inconstitucionalidade questionou a constitucionalidade da concessão de valores a ex-governadores no estado do Amazonas, levantando discussões sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais que embasam esse benefício. A decisão tomada nesse caso pode ter impactos significativos não apenas no Amazonas, mas também em outros estados que adotam práticas semelhantes.

Remetendo para um contexto histórico, traz-se à baila a clássica frase do sociólogo Max Weber “o trabalho dignifica o homem” - construída sob um aspecto valorativo, coloca a força produtiva como algo que enobrece a alma, que traz bem-estar e que não se constitui apenas uma fonte de renda para o homem. No entanto, na lógica capitalista, a perspectiva é somente por intermédio dessa atividade laborativa que o homem receberá a contraprestação devida para seu sustento.

Foi partindo desta visão contraprestacional que em 24 de janeiro de 1923 foi criada a lei Eloy Chaves, que consolidou a base do sistema previdenciário brasileiro, com a criação da Caixa de Aposentadorias e Pensões para os empregados das empresas ferroviárias. Para fazer jus, requisitos foram adotados, como a necessidades de que o empregado tivesse ao menos 50 anos de idade e 30 anos de serviço no setor ferroviário.

Tal traçado histórico demonstra que a todo momento os ideais de remuneração, concessão de valores estavam atrelados à figura do trabalho ou a um período pós-trabalho, com a criação da previdência. Assim, tais valores e benefícios somente seriam devidos àqueles que preenchiam as condições necessárias para tal recebimento. A própria visão bíblica já remetia a tal contexto, quando Deus revela a Adão: “No suor do teu rosto comerás o teu pão” (BÍBLIA, Gênesis 3:19).

Na mesma linha, um dos princípios básicos da Carta de 1988 (BRASIL, 1988) é o de que a previdência solidária deve assegurar o sustento do trabalhador e de sua família quando ele não puder se manter, seja por doença, acidente, gravidez, prisão, morte ou velhice.

Nesse cenário de legalidade e legitimidade na concessão de valores, onde enquadrar a concessão de valores dada aos ex-governadores? É possível identificar um caso de Aposentadoria, já que exerceram atribuições em um determinado período? Caso contrário, seria possível enquadrar os valores em categorias como vencimento, remuneração ou vantagens pecuniárias?

Diante desse contexto, é fundamental compreender os fundamentos jurídicos e constitucionais que embasam a concessão de valores a ex-governadores, avaliar os argumentos

apresentados pelas partes envolvidas no caso da ADI nº 4547 AM e refletir sobre os possíveis desdobramentos dessa decisão tanto no âmbito regional quanto nacional.

Ocorre que algumas Constituições estaduais, em várias partes do país, passaram a prever a concessão de valores a ex-governadores; tal situação acabou culminando em uma série de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com vistas a declaração de tal inconstitucionalidade pelo Egrégio Tribunal Federal.

É partindo dessas inquietudes que o presente artigo busca contribuir para a compreensão dessa temática complexa, explorando os aspectos jurídicos, políticos e sociais envolvidos na inconstitucional concessão de valores a ex-governadores, a partir do estudo de caso da ADI nº 4547 AM e seus efeitos na manutenção da Emenda Constitucional n. 75/2011. Para tanto, irá retratar os diversos institutos e categorias de pagamentos existentes na Administração Pública, a fim de identificar em quais deles se enquadram os valores percebidos por governadores, a partir de leis criadas em âmbito estadual, buscando identificar se há legalidade nestas concessões; ou ainda, caso legais se elas apresentam a legitimidade necessária.

2. DA NATUREZA DO INSTITUTO QUE PERMITE CONCESSÃO DE “VALORES” A EX-GOVERNADORES

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu texto diversas regras relativas à remuneração dos servidores públicos, justamente com fito de afastar abusos e distorções nas contas públicas. (ALEXANDRINO, VICENTE PAULO).

Partindo deste pressuposto, há que se recorrer às bases da Carta Constitucional a fim de identificar as categorias ali instituídas para fins de contraprestação pelos serviços prestados à Administração Pública; como forma de melhor definir a natureza desses valores percebidos pelos ex-governadores, no âmbito jurídico.

O art. 37, XI e XII da Constituição Federal (BRASIL,1988) assim dispõe a respeito da remuneração e subsídio dos ocupantes de cargo, funções e empregos públicos da Administração Pública:

Art. 37.

(...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do

subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo; (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal, portanto, utiliza-se das expressões vencimentos e remuneração para referir-se ao sistema remuneratório dos servidores; constituindo os vencimentos (estipêndios) a forma tradicional de remuneração dos servidores públicos, composta por uma parte fixa (vencimento) e uma parcela variável (vantagens pecuniárias) e os subsídios, parcela única, fixada em lei, sendo vedada a percepção de vantagens pecuniárias.

Para os membros do Poder, os detentores de mandato eletivo, os ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais o §4 do art. 39 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê:

“O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.”(BRASIL, 1988)

O regime atual de subsídios, como forma de remuneração de determinados servidores públicos, foi inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional 19/1998, que alterou o art. 39, § 4.º, da CRFB.

O subsídio é uma forma de remuneração utilizada principalmente para cargos eletivos e de alto escalão na administração pública, como presidentes, ministros, governadores, prefeitos, entre outros.

A instituição do regime de subsídio por meio de pagamento da parcela única, sem adicionais (vantagens), teve por objetivo garantir maior transparência e controle dos gastos públicos com pessoal, evitando privilégios.

Porém, a bem da verdade, em que pese a notável intenção do constituinte, certo é que o subsídio acaba não sendo pago em “parcela única”, uma vez que a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) em sede do art. 39, §3 determina que haverá a aplicação de diversos direitos trabalhistas (ex.: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família) aos servidores ocupantes de cargo público, sem qualquer distinção em relação ao respectivo sistema de remuneração, razão pela qual deve ser reconhecida a aplicação dessa norma aos servidores que recebam subsídios; além disso, o pagamento de verbas indenizatórias também deverá ser realizado juntamente com os subsídios, para fins de não causar danos aos agentes políticos.

Outro ponto a se esclarecer, no que tange ao instituto “subsídio” é a necessidade de que quando instituído, ele seja em regime de carreira, nos termos do art. 39, §8 – todos esses dispositivos são necessários ser pontuados, para fins de afastar sua incidência no que tange à situação dos ex-governadores.

Vicente Paulo e Alexandrino (2011) fazem a devida distinção por meio do nome e classificação das pessoas que mantém vínculo com a Administração funcional do Estado, entendendo os agentes políticos como todos os detentores de mandato eletivo, os agentes de primeiro escalão – Ministros do Estado, Secretários estaduais, municipais e distritais, os juízes, os membros do Ministério Público e os ministros e conselheiros dos Tribunais. Já os servidores públicos seriam os agentes que mantém vínculo estatutário (não contratual) com a Administração, podendo ser servidores efetivos, titulares de cargo efetivo, ou comissionados, que ocupam cargos em comissão, para os quais são livremente nomeados.

Tal distinção nos tipos de agentes públicos se faz necessária para fins de identificar em qual categoria estão os governadores e ex-governadores.

Nesta linha, André Ramos Tavares (2008) entende que o regime remuneratório dos agentes políticos e dos servidores públicos deve atender regras específicas da Constituição:

Para os membros do Poder, detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais a remuneração deverá ocorrer em subsídio fixado em única parcela. É proibido o acréscimo, a qualquer título, tal como gratificações, adicionais, abonos, prêmios e verbas de representação (§4º do art. 39).

Lei de cada um dos entes federativos poderá estabelecer a relação máxima a ser observada da diferença entre a maior e menor remuneração dos servidores públicos respectivos (§5º do art. 39).

(...)

O *quantum* remuneratório deverá ser composto observando-se: 1) a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos que compõem cada uma das carreiras; 2) os requisitos para investidura; 3) a peculiaridades de cada cargo.

A remuneração é o valor total recebido por um servidor público, seja ele efetivo ou temporário, e engloba não apenas o vencimento básico, mas também todas as parcelas adicionais, como vantagens pessoais, gratificações, adicionais por tempo de serviço, entre outros.

Já o vencimento é a parcela básica da remuneração de um servidor público, correspondente ao salário-base do cargo ocupado. É o valor fixo estabelecido em lei para o cargo, sem considerar as vantagens, gratificações ou adicionais a que o servidor possa ter direito.

Oliveira (2021) dispõe a respeito do procedimento para a fixação da remuneração (vencimento e subsídios), conforme abaixo:

A fixação da remuneração (vencimentos e subsídios) depende de lei, na forma do art. 37, X, da CRFB.156. No entanto, a iniciativa para o processo legislativo pode variar:

- a) servidores públicos do Executivo: a iniciativa é do chefe do Executivo (art. 61, § 1.º, II, “a”, da CRFB);
- b) servidores do Judiciário: a iniciativa é dos tribunais (art. 96, II, “b”, da CRFB);
- c) servidores da Câmara e do Senado: iniciativa de cada Casa Legislativa (arts. 51, IV, e 52, XIII, da CRFB); e
- d) servidores do Ministério Público: iniciativa do Procurador-Geral (art. 127, § 2.º, da CRFB).

Acerca do conceito de vantagens pecuniárias, esclarece Carvalho Filho:

Vantagens pecuniárias são as parcelas pecuniárias acrescidas ao vencimento-base em decorrência de uma situação fática previamente estabelecida na norma jurídica pertinente. Toda vantagem pecuniária reclama a consumação de certo fato, que proporciona o direito à sua percepção. Presente a situação fática prevista na norma, fica assegurado ao servidor o direito subjetivo a receber o valor correspondente à vantagem.

Esses fatos podem ser das mais diversas ordens: desempenho das funções por certo tempo; natureza especial da função; grau de escolaridade; funções exercidas em gabinetes de chefia; trabalho em condições anormais de dificuldades etc.

São vantagens pecuniárias, entre outras, os adicionais e as gratificações.

(CARVALHO FILHO. 2007, pág. 625)

Desta forma, é possível verificar que no caso dos ex-governadores, os valores recebidos não se tratavam de subsídio, tampouco de remuneração, vencimento ou vantagens pecuniárias.

Além desses valores, a Constituição Federal do Brasil prevê ainda diversas vantagens pecuniárias que podem ser concedidas aos servidores públicos. Algumas das principais vantagens pecuniárias previstas são: a) gratificações, b) adicionais, c) auxílios, d) diárias, e) abonos. No entanto, tais vantagens estão atreladas ao efetivo trabalho no Poder Público, não se enquadrando os valores recepcionados pelo ex-governadores em nenhuma das situações elencadas.

Ora, enquanto as gratificações podem ser concedidas em função de condições especiais de trabalho, como a gratificação por trabalho noturno, gratificação por insalubridade ou periculosidade, gratificação por serviço extraordinário, entre outras, os adicionais são acréscimos no vencimento básico concedidos em decorrência de determinadas situações, como adicional por tempo de serviço (quinqüênio), adicional por titulação acadêmica, adicional de periculosidade, adicional de penosidade, entre outros; já os auxílios e diárias auxiliam o servidor em determinadas despesas ou situações específicas, dentre os quais auxílio-transporte, auxílio-moradia ou ainda valores pagos com deslocamento.

Ainda com fito de identificar a natureza dos valores percebidos pelos ex-governadores, passa-se a abordar acerca dos proventos e pensões, que nada mais são do que os estipêndios recebidos pelos aposentados e pensionistas, devidos pelo Sistema de Seguridade Social, público ou privado.

Oliveira (2021), ao abordar sobre o instituto Aposentadoria, explicita que os servidores aposentados são chamados de inativos e a remuneração percebida é denominada de proventos.

Assim, aqueles servidores que, no âmbito da Administração Pública, deixaram de exercer atividades nos órgãos e nas entidades administrativas, após o preenchimento dos requisitos elencados no ordenamento jurídico, deverão ser remunerados por meio de proventos.

Lenza (2021) expõe a respeito das 3 modalidades de Aposentadoria no chamado Regime Próprio de Previdência Social (RPPS):

Como se sabe, existem 3 modalidades de aposentadoria no chamado Regime Próprio da Previdência Social (RPPS) dos servidores titulares de cargos efetivos, que terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40, caput, na redação dada pela EC n. 103/2019), bem como dos agentes públicos titulares de cargos vitalícios (magistrados, membros do MP e membros do Tribunal de Contas) (art. 40, § 1.º, I, II e III): a) por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação (cf. art. 37, § 13), hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo (a EC n. 103/2019 — Reforma da Previdência substituiu a aposentaria por invalidez pela aposentadoria por incapacidade permanente; b) compulsória; c) voluntária (com ampla modificação trazida pela EC n. 103/2019) (LENZA, 2021, Pág. 432).

Importante registrar que o art. 39, §13 da CF (BRASIL, 1988) dispõe que se aplica ao agente público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, de outro cargo temporário, inclusive mandato eletivo, ou de emprego público, o Regime Geral de Previdência Social.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal inclusive já teve oportunidade de afirmar que é obrigatória a observância de tal regra do parágrafo 13 acima disposta, para todos os entes, sendo inconstitucional lei estadual que pretendeu estender aos respectivos servidores não efetivos o regime próprio de previdência disposto na Constituição Federal – ADI 3106/MG, rel. Min Eros Grau, 14.04.2010. (ALEXANDRINO, VICENTE PAULO).

Assim, somente os servidores públicos titulares de cargo efetivo fazem jus ao regime próprio de Previdência Social; justamente por ser diferente do regime geral de previdência, a que se sujeitam os demais trabalhadores.

Conforme se pode observar das 3 modalidades de Aposentadoria apresentadas não é possível identificar qualquer delas que se inclua os ex-governadores, considerando que se trata de cargos transitórios. Políticos não são, portanto, servidores públicos no sentido mais próprio do termo; devendo, portanto, enquadrar-se em Aposentadoria advindo do Regime Geral de Previdência Social e observando todos os requisitos para tanto – não sendo vinculativo tal Aposentadoria apenas e simplesmente pela ocupação de mandato exercido de forma permanente de Chefia do Executivo Estadual, ou de mandato em curso.

Quanto às pensões, observa-se que esta espécie de benefício previdenciário é devido à família do servidor, ativo ou inativo, em virtude do seu falecimento. Da mesma forma que a Aposentadoria, as pensões também não serão concedidas sem a observância dos requisitos legais, não estando os ex-governadores incluídos nessas categorias.

Repisa-se que tais autoridades – no caso ex-governadores, não mais se encontram naqueles cargos, tampouco permanecem com as responsabilidades e complexidades das atribuições, não se enquadrando nos requisitos necessários para tanto; de sorte sequer cumpriram os requisitos para recebimento de Aposentadoria, pelo Regime Geral de previdência Social, não fazendo jus, portanto, ao recebimento de valores do erário público.

Quanto aos ex-presidentes, por lei eles têm direito a alguns benefícios vitalícios custeados pela própria Presidência da República. A Lei 7.474/1986 estabelece que cada um deles

tem direito a quatro servidores para sua segurança e apoio pessoal, além de dois veículos oficiais com motoristas. Estes funcionários são de livre indicação do ex-presidente e podem ocupar cargos comissionados até o nível DAS-4. Fora isso, ainda existe a previsão de que os ex-mandatários contem com assessoramento de mais dois DAS-5.

Assim, a referida legislação prevê esses benefícios expressos aos ex-presidentes; não enquadrando aí o caso de governadores, vez que dispõe sobre as medidas de segurança aos ex-presidentes, e outras providências.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto em sede de ADI 3.853/MS assim externou a respeito dos valores recepcionados por ex-governadores:

O que se ali se cuida é de um pagamento estadual singular, instituído como uma *graça com recursos públicos*, conforme anotado pela Assembleia Legislativa, para ex-governador que atenda às exigências afirmadas nos §1 a 3 do art. 29-A, introduzido na Constituição do Estado pela Emenda Constitucional n. 35/2006. Trata-se de uma *regalia*, uma *dádiva*, uma *recompensa vitalícia*, um *proveito pecuniário de natureza permanente*, instituído não como um benefício, mas como uma benesse ou um favor conferido a quem tenha se desinvestido do cargo de governador do Estado, após ter desempenhado o mandato completo. (STF - ADI: 3853 MS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 12/09/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02295-04 PP-00632 RTJ VOL-00203-01 PP-00139).

Desta forma, verifica-se que os valores recebidos pelos ex-governadores não se encontram em qualquer das categorias previstas no ordenamento jurídico; não estando, portanto, amparados em legislação alguma e sendo verdadeiras regalias concedidas a autoridades pelas Assembleias Legislativas de cada Estado.

3. DO OBJETO DA ADI 4547 AM E SEUS EFEITOS

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.4547 AM³ ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) perante o Supremo Tribunal Federal, em desfavor da Assembleia Legislativa do Amazonas, em face de dispositivos do art. 278 da Constituição do Estado do Amazonas.

A Emenda Constitucional n° 01/1990 introduziu ao mundo jurídico, por meio do art. 2º, a possibilidade de concessão de subsídio a ex-Governadores do Estado no Amazonas, conforme abaixo:

Art. 2º - Exclua-se a parte final do art. 46, do ato das Disposições Constitucionais Transitórias e inclua-se nas disposições Constitucionais Gerais da Constituição do Estado do

3 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4547.AM. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgamento em 25/04/2014. Publicação em DJe- 081 30-04-2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/25059081>. Acesso em 20 de novembro de 2022, às 20: 40.

Amazonas o artigo 278, assim redacionado: “Art. 278 - Cessada a investidura no cargo de Governador do Estado, quem o tiver exercido em caráter permanente, fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal igual à remuneração do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça; Parágrafo Único - Se o beneficiado vier a exercer cargo de Senador, Deputado Federal, Governador, Vice-Governador, Secretário de Estado, Prefeito Municipal, ficará suspenso pagamento da representação, restabelecendo-se quando cessar a função”.

O art. 278, caput e parágrafos, assim disposto na Constituição do Estado do Amazonas (BRASIL, 1989), durante sua vigência, sofreu diversas alterações:

Redação anterior dada pela EC 57/06, efeitos a partir de 29.08.06:

Art. 278. Cessada a investidura no Cargo de Governador do Estado, quem o tiver exercido em caráter permanente fará jus a um subsídio mensal, intransferível, igual ao subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Redação anterior dada pela EC 54/05, efeitos a partir de 21.12.05:

Art. 278. Cessada a investidura nos cargos de Governador e Vice-Governador do Estado, quem os tiver exercido em caráter permanente fará jus, a título de representação, no primeiro caso, a um subsídio mensal igual à remuneração do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, e, no segundo o correspondente a 95% daquele.

O artigo em comento, porém, detinha a seguinte previsão quando do ajuizamento da ação, alterado pela EC 60/07 (BRASIL, 2007):

Redação anterior dada ao caput art. 278 pela EC 60/07, efeitos a partir de 17.05.07.

Art. 278. Cessada a investidura no cargo de Governador do Estado, aquele que o tiver exercido em caráter permanente fará jus a um subsídio mensal, intransferível, igual ao subsídio de Governador do Estado do Amazonas.

Após, manifestaram-se a Assembleia Legislativa, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República que pugnaram pela procedência da ação; a Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas juntou cópia da Emenda Constitucional Estadual n. 75, de 22 de dezembro de 2011, informando a revogação do art. 278, §§ 1º e 2º, da Constituição Estadual, que tinha a seguinte previsão:

(...)

Art. 1º - É suprimido o artigo 278 e seus §§ 1º e 2º, das Disposições Constitucionais Gerais da Constituição do Estado do Amazonas.

Art. 2º - Respeitado o disposto no artigo 6º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, esta Emenda Constitucional revogatória entrará em vigor na data de sua publicação, ficando assegurada esta garantia a quem tenha exercido de forma permanente a Chefia do Executivo Estadual, inclusive os do mandato em curso.

Em 25/04/2014, o Supremo Tribunal Federal, declarou a perda do objeto superveniente, pela ab-rogação do diploma normativo questionado, com a improcedência da ADI e extinção do processo.

Os efeitos desse acórdão em sede de ADI podem ser sintetizados pela releitura de trecho extraído da ementa que externa:

“a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos.” STF - ADI: 4547 AM, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/04/2014, Data de Publicação: DJe-081 DIVULG 29/04/2014 PUBLIC 30/04/2014).

Como se interpreta do trecho acima, a perda do objeto pela simples “revogação” do normativo pela promulgação de nova Emenda Constitucional n. 75/2011 permite que, por meio de “conveniência e oportunidade”, e não por flagrante inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal sequer análise elementos indispensáveis a qualquer ato, como a legitimidade ou legalidade do normativo criado. É salutar inclusive ponderar que da própria leitura do trecho fica claro que tal decisão seria independente dos efeitos residuais concretos.

Tal situação fática, quando analisada de forma pormenorizada, demonstra que mormente são utilizadas manobras jurídicas para que as ADI’s percam o objeto, conseqüentemente deixando de se analisar o objeto da matéria que ali estava sendo tratado ou os elementos do ato criado que modificaram o *status quo* do caso.

Tal situação inclusive precisa ser mais bem estudada no campo jurídico, considerando que legalidade e legitimidade apesar de institutos diversos, devem caminhar *pari passu*.

Alexandre Mazza (2018) preleciona a respeito dos institutos, dispondo que é papel do Poder Judiciário o controle da legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública, fundamentando tal entendimento na existência do princípio da sindicabilidade, fundamentado na premissa constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa visão de que todo ato administrativo deve se submeter a algum tipo de controle, deve ser enquadrada inclusive no campo das Ações de Constitucionalidade; quando fenômenos jurídicos forem criados, alterando o objeto dos processos.

Ora, a Legalidade assim, ganha novos contornos, ainda maiores; qual seja, o da Legitimidade, que vincula o administrado não apenas aos limites legais, mas também à moralidade e a finalidade pública.

O Ex.mo Senhor Ministro Alexandre de Moraes, em sede de Mandado de Segurança, assim versou a respeito:

O Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, **não se restringirá ao exame estrito da legalidade do ato administrativo**, devendo entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, em fiel observância ao “*senso comum de honestidade, equilíbrio e ética das Instituições*” (STF – Mandado de Segurança 37.097 Distrito Federal. Relator Min. Alexandre de Moraes – Publicação: 29/04/2020)

Maria Sylvia Di Pietro (2016) na mesma linha traça os ideais da legalidade em um contexto mais amplo:

Conforme assinalado, a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à **ideia de desvio de poder**, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.

Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).

Autores mais antigos, considerando a moral administrativa como algo relacionado à disciplina interna da Administração, entendiam que o seu controle também só podia ser feito internamente, excluída a apreciação pelo Poder Judiciário. Este só examinaria a **legalidade** dos atos da Administração; não o mérito ou a moralidade.

Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O Direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral.

Assim, observa-se que há a necessidade de uma nova interpretação do que seja a “perda do objeto” no campo de atuação dos Tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal em sede de Ações de Constitucionalidade.

A perda do objeto não pode mais ser vista pura e simplesmente com a análise da relação processual, do objeto processual, se fora satisfeito ou não. Ela precisa ser realizada de forma mais apurada, com a criação de critérios objetivos nessa análise, incluindo também uma apreciação do Poder Judiciário se há lesão ou ameaça a direito – elementos externos ao próprio objeto da causa, mas indispensáveis para a devida legitimação dos atos do Poder Executivo e Legislativo.

4. DA FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL NA EMENDA 75/2011, DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO AMAZONAS

O Processo Legislativo nos Estados é o conjunto de atos realizados pela Assembleia, visando a elaboração das leis, ordenadas conforme as regras definidas em acordo pelas partes, expressas na Constituição e no Regimento Interno.

No caso em tela, por intermédio da Emenda Constitucional n. 75/2011 foram supostamente suprimidas as inconstitucionalidades levantadas em sede da **ADI 4547**; razão pela qual o Supremo Tribunal Federal entendeu pela perda superveniente do objeto da presente ação, fundamentando sua decisão na retirada da previsão legal sobre a concessão de benesses a ex-Governadores do Estado do Amazonas.

A perda de objeto no Supremo Tribunal Federal (STF) ocorre quando a matéria objeto de uma ação judicial perde sua relevância ou atualidade durante o curso do processo, tornando-se desnecessária a análise do tribunal sobre o tema.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 75/2011, na verdade, serviu como mecanismo processual para perpetuar as ilegalidades materiais já dispostas no art. 278 da Constituição do Estado do Amazonas, conforme se verifica abaixo:

Art. 2º. Respeitado o disposto no artigo 6º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, esta Emenda Constitucional revogatória entrará em vigor na data de sua publicação, ficando assegurada esta garantia a quem tenha exercido de forma permanente a Chefia do Executivo Estadual, inclusive os do mandato em curso.

Neste cenário os efeitos da perda do objeto decretada foram fundamentais para perpetuar a concessão de tal benesse a ex-governadores; e ao mesmo tempo ferir os preceitos constitucionais e legais, vez que a referida Emenda tratou de mascarar a continuidade da patente inconstitucionalidade existente.

Observa-se que o caput da referida Emenda 75/2011 ainda prevê que o normativo “revoque o caput do artigo 278 e § 1º e 2º, da Constituição do Estado do Amazonas”; utilizando-se da expressão revogação de forma totalmente contrária ao ordenamento jurídico brasileiro.

Meirelles considera revogação a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizado pela Administração, por não mais lhe convir a sua existência. Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. Vai além ao dispor que se o ato foi ilegal e inoperante, não ensejará revogação, mas sim anulação.

Se o normativo deveria ser considerado flagrantemente inconstitucional, não há que enquadrar-se o instituto da revogação, mas sim anulação; podendo neste caso, em nome da Segurança Jurídica e da boa-fé, modular os efeitos, para que os efeitos da norma não prejudicassem os beneficiários.

Ademais, superada tal questão, como já devidamente exposto, a ideia de legalidade torna-se muito mais abrangente, incluindo a questão da legitimidade; motivo pelo qual, tanto em atos administrativos quanto legislativos há que se observar a boa-fé, a moralidade **pública, responsabilidade com os gastos públicos**, em todo e qualquer fenômeno criado no campo jurídico.

Verifica-se que para a decretação da perda de objeto o Supremo Tribunal Federal deveria estabelecer critérios que implicassem em uma análise cuidadosa dos princípios jurídicos, da legislação aplicável e da jurisprudência.

Embora a definição de critérios específicos possa variar de acordo com o sistema jurídico e as normas processuais de cada país, alguns pontos relevantes a considerar ao estabelecer critérios para decretar a perda de objeto:

- I - Superveniência de fato novo;
- II- Cessação da lesão ou violação de direito;
- III - Ausência de interesse processual;

Diante desse cenário, não há como o Supremo Tribunal Federal decretar pura e simplesmente a perda do objeto sem observar a efetiva cessação ou violação do Direito. No caso em tela, em que pese a revogação do normativo, verifica-se que a flagrante inconstitucionalidade permaneceu.

Como já devidamente exposto, a ideia de legalidade torna-se muito mais abrangente, incluindo a questão da legitimidade; motivo pelo qual, tanto em atos administrativos quanto legislativos há que se observar a boa-fé, a moralidade pública, responsabilidade com os gastos públicos, em todo e qualquer fenômeno criado no campo jurídico.

Em sede da ADI 3853/MS inclusive foram externados os seguintes preceitos:

“Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em ‘caráter permanente’, receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. **No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados ‘em caráter permanente’, por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. Conquanto a norma faça menção ao termo ‘benefício’, não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República).** Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.” (ADI 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12-9-07, DJ de 26-10-07).

A doutrina brasileira é unânime em atestar que não há direito adquirido a questões inconstitucionais, posto que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos “ex tunc”. A orientação do Supremo Tribunal Federal também é no mesmo sentido: a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos ex tunc, reconhece a nulidade da lei, retirando-a do ordenamento jurídico desde o seu nascimento.

Em diversas jurisprudências, os Ministros da Corte entendem que reconhecer a validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado (da publicação da lei até a decisão que reconhece a sua inconstitucionalidade) – representaria uma violação ao princípio da Supremacia da Constituição.

Como já repassado anteriormente o subsídio criado não pode ser caracterizado como pensão, uma vez que não atende aos requisitos constitucionais e legais para dessa maneira ser assinalada. Ademais, a própria jurisprudência tem asseverado acerca da impossibilidade de o subsídio percebido por governador constituir proventos de inatividade. Abaixo o RE 252.352/CE esclarece:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSÃO DE GOVERNADOR, FIXADA COM BASE NOS VENCIMENTOS RECEBIDOS, A QUALQUER TÍTULO, PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DESCONSIDERADO O TETO DOS SERVIDORES DO PODER EXECUTIVO. ALEGADA OFENSA, PRELIMINARMENTE, AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, VISTO HAVER O ACÓRDÃO SIDO MODIFICADO EM FASE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS DE QUE NÃO TEVE VISTA O RECORRENTE; E, NO MÉRITO, AOS ARTIGOS 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO E 17 DO ADCT. Questão preliminar insuscetível de ser examinada por ausência de questionamento, requisito que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem por indispensável, ainda que a questão haja sido ventilada pela primeira vez na fase dos embargos. Mandatário político que é, o Governador não se aposenta no cargo, razão pela qual o subsídio sob enfoque não constitui proventos de inatividade, mas, sim, modalidade de pensão que somente o novo texto do art. 37, XI, resultante da EC nº 19/98 veio submeter ao teto único representado pelo subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, até agora não fixado. Recurso não conhecido. (STF. RE 252.352-CE, rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence, red. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão, 17.8.99 -1ª Turma – Informativo 158).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) também determina que é vedada a criação de requisitos diferenciados para concessão de aposentadoria aos benefícios do Regime Geral de previdência, conforme abaixo:

Art. 201, § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. (BRASIL, 1988)

Assim, o Regime Geral não prevê tal benefício (pensão mensal e vitalícia devida a ex-detentor de cargo eletivo), tampouco há previsão na Carta Magna de 1988 sobre a matéria, restando evidente a ausência de caráter previdenciário do subsídio instituído.

O Min. Gilmar Mendes (2010) também preleciona a respeito da competência dos Estados-Membros para legislar:

“(…)

O poder constituinte do Estado-membro é, como o de revisão, derivado, por retirar a sua força da Constituição Federal, e não de si próprio. A sua fonte de legitimidade é a Constituição Federal.

No caso da Constituição Federal em vigor, a previsão do poder constituinte dos Estados acha-se no art. 25 (“os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”) e no art. 11 do ADCT.

Sendo um poder derivado do poder constituinte originário, não se trata de um poder soberano, no sentido de poder dotado de capacidade de autodeterminação plena. O poder constituinte dos Estados-membros é, isto sim, expressão da autonomia desses entes, estando submetido a limitações, impostas heteronomamente, ao conteúdo das deliberações e à forma como serão tomadas. (MENDES, 2010, Pág. 943)

Ora, observa-se que qualquer legislação advinda das Constituições Estaduais não tem o poder supremo e não podem autodeterminar-se, tendo limitações que lhes são impostas.

Assim, tanto os arts. 25, *caput* e 11 do ADCT podem ser considerados violados, uma vez que o primeiro foi categórico ao definir que “os Estados regem-se e organizam-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”, ao passo que o segundo assenta que “cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.”

Além disso, mormente recorre-se a Segurança Jurídica como fundamentação para a permanência da concessão dos valores aos ex-governadores que já o recebiam. No entanto, tal permanência na concessão, como foi realizada pela Emenda 75/2011, garantindo a quem tenha exercido de forma permanente a Chefia do Executivo Estadual, inclusive os do mandato em curso, também pode ser vista como uma afronta ao interesse público.

José Afonso da Silva (2006) considera a segurança jurídica como o ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.’

Ora, se identificada conduta da Administração indevida que acaba beneficiando terceiros; tal conduta, pelo princípio da Segurança Jurídica, da Confiança Legítima, não poderá prejudicar o beneficiário.

Na tese formulada pela 1ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.244.183-PB, assim dispõe-se a respeito:

“É indevida a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé, por servidor público ou pensionista, em decorrência de erro administrativo operacional ou nas hipóteses de equívoco ou má interpretação da lei pela administração pública”. (STJ - REsp: 1244183 PB. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Publicação: DJ 19/10/2012)

Veja que em nenhum momento está a se discorrer a respeito de tal aspecto – qual seja, do prejuízo ao terceiro em virtude de erro do Estado; mas sim, questiona-se no presente artigo a inconstitucionalidade na permanência de concessão de valores considerados inconstitucionais.

São vários os precedentes que versam a respeito da Administração Pública conceder valores a partir de interpretação errônea da lei; e em todos eles **não** se observa perpetuação na concessão dos valores indevidos – nesses casos, a boa-fé, a segurança jurídica e a confiança legítima permitem tão somente que os beneficiários não precisem devolver aqueles valores recebidos de forma indevida. No entanto, em algum momento eles precisam cessar!

A permanência na concessão de valores inconstitucionais é um verdadeiro esdrúxulo e afronta a moralidade pública e da responsabilidade com os gastos públicos.

Desta feita, observa-se que a perpetuação no recebimento de tais valores, ora previsto pela Emenda Constitucional n. 75/2011, não se coaduna com os preceitos legais tampouco constitucionais, não sendo caso de segurança jurídica a permanência dessa concessão de valores indevidos e inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro.

5. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados ‘em caráter permanente’. Em virtude de os mandatos serem transitórios, qualquer criação de benesses ou concessão de valores de forma perpétua torna-se flagrantemente inconstitucional e amoral.

Pautados nessa premissa que o presente artigo retratou acerca da inconstitucional concessão de benefício vitalício a ex-governadores realizada em vários Estados Brasileiros, por meio do estudo de caso da improcedência da ADI nº4547 pelo STF e seus efeitos na manutenção da Emenda Constitucional nº 75/2011, promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas.

Na exposição do tema foi possível analisar diversos institutos existentes, como remuneração, subsídio, soldos, vantagens, proventos e pensões, com objetivo de identificar se os valores percebidos pelos governadores se enquadravam em algumas dessas naturezas.

O próximo tópico abordou o objeto de enfoque e de estudo do trabalho, qual seja a ADI nº4547 pelo STF e seus efeitos; em seguida, fora retratada acerca da inconstitucionalidade material na Emenda 75/2011, da Assembleia Legislativa, bem como de temas sensíveis como a utilização de manobras processuais para perpetuar fenômenos esdrúxulos no direito brasileiro.

A concessão de valores a ex-governadores, prevista na Emenda Constitucional n. 75/2011, revela-se contrária ao princípio republicano, à moralidade administrativa, à igualdade e à impessoalidade, pilares essenciais do Estado Democrático de Direito. Essa concessão cria uma situação de privilégio indevido, em que poucos são beneficiados com recursos públicos em detrimento do interesse coletivo.

Por fim fora abordado temas como revogação, anulação, e, ainda, a abrangência do Princípio da Segurança Jurídica – de forma a demonstrar como a concessão de valores que fora realizada por Estados Brasileiros pode ser tomada como inconstitucional, ilegítima, afrontando a moralidade pública e responsabilidade com os gastos públicos.

Nesse sentido, é necessário que o Poder Legislativo atue de forma responsável, promovendo a revisão de emendas constitucionais que contrariem a Constituição Federal, a fim de assegurar a conformidade das leis com os valores e princípios democráticos.

Além disso, faz-se imprescindível um controle rigoroso e efetivo dos atos normativos e das práticas administrativas, a fim de evitar abusos e garantir a observância dos preceitos constitucionais. É fundamental que o Poder Judiciário exerça seu papel de guardião da Constituição, analisando de forma criteriosa a conformidade das normas e das ações governamentais com a Carta Magna.

Portanto, a inconstitucional concessão de valores a ex-governadores, como demonstrado no estudo de caso da ADI nº 4547 AM e da Emenda Constitucional n. 75/2011, evidencia a importância da defesa da ordem constitucional, da igualdade perante a lei e da gestão responsável dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA, A. T. Gênesis. In BÍBLIA. Português. **Sagrada Bíblia Católica**: Antigo e Novo Testamentos. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 de dezembro de 2022, às 20:50.

BRASIL. **Constituição do Estado do Amazonas**: publicada em 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/Constituicao-Estado-Amazonas-atualizada-ate-a-EC-108-de-2018.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2022, às 19:30.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 75**, de 22 de dezembro de 2011. Revoga o caput do artigo 278 e § 1º e 2º, da Constituição do Estado do Amazonas. Disponível em https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2011/9597/emenda_75.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. **Lei 7474** de 8 de maio de 1986. Dispõe sobre medidas de segurança aos ex-Presidentes da República, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7474.htm. Acesso em 20 de novembro de 2022, às 21:50.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.244.183-PB**. Min. Relator Benedito Gonçalves. Julgamento em 10/10/12. Publicação em 19/10/12. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/897952836>. Acesso em 20 de novembro de 2022, às 17:30

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3853**. MS. Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 12/09/2007, Tribunal Pleno, Publicação em DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02295-04 PP-00632 RTJ VOL-00203-01 PP-00139. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_3853_MS_1279007841555.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1671116713&Signature=r9qT%2BUnn8%-2FPK%2BVpGBzQXD2USe%2BM%3D. Acesso em 02 de dezembro de 2022, às 19:20.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4547**. AM. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgamento em 25/04/2014. Publicação em DJe- 081 30-04-2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/25059081>. Acesso em 20 de novembro de 2022, às 20: 40.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Liminar em de sede de Mandado de Segurança nº 37.097/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes – Publicação: 29/04/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em: 02 de dezembro de 2022, às 16:12.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 252.352/CE** – 1. Turma. Informativo 158. Min. *Sepúlveda* Pertence. Disponível em 17/08/1999. Disponível em <https://wagner.adv.br/prequestionamento-e-nulidade/>. Acesso em 22 de novembro de 2022, às 20: 50.

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17^a ed. - Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

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

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gonet Branco. 5a ed. revisada e atual. São Paulo, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Revogação e Anulação do ato administrativo**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/25736/24590/0>. Acesso em 20 de novembro de 2022, às 18:50.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7.ed. Forense, São Paulo: Método, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

Subvenções e créditos presumidos de ICMS – uma análise sob o viés dos princípios do pacto federativo e da isonomia entre a União e os Estados-membros – usurpação de competência

Renata Elaine Silva Ricetti Marques¹
Juliana Alves de Carvalho²

RESUMO

O tema das subvenções governamentais é analisado neste ensaio sob a perspectiva de sua natureza jurídica em contraposição à materialidade submetida ao campo de incidência dos tributos federais IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, definida como *receita*. Para tanto, a análise tem como preceito fundamental o enfoque sobre a repartição de competências delimitada no texto constitucional, que visa garantir a forma federativa de estado e a isonomia dos entes federados, a fim de estabelecer critério jurídico que sustente a afirmação sobre a intributabilidade a nível federal das subvenções concedidas sob a forma de crédito presumido de ICMS. A peculiaridade sobre este modo de concessão do incentivo fiscal atribui forma singular à análise da ação do poder público estadual em realizar essa espécie de investimento em determinada atividade, pois nesta ação o ente deixa em poder do contribuinte aquilo que lhe pertence. Sobre este enfoque estabelece-se a relação entre ente concedente e beneficiário e o distanciamento da União sobre o objeto desta relação.

Palavras-chave: Subvenções. Crédito presumido. Usurpação de competência Estadual. Princípio federativo. Isonomia.

- 1 Pós-Doutora em Direito Tributário pela USP. Doutora e Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Coordenadora e Professora do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Tributário da Escola Paulista de Direito – EPD. Presidente do Instituto Acadêmico de Direito Tributário e Empresarial - IADTE. Membro da Comissão de Direito Constitucional e Tributário da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Pinheiros e Advogada e sócia do Ricetti Oliveira Advogados.
- 2 Pós-graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC COGAE em Direito Tributário (Lato Sensu), graduada pela Universidade São Judas Tadeu e advogada.

1. INTRODUÇÃO

A organização na forma federativa do Estado brasileiro estabelece que a existência de um poder central não retira a autonomia dos estados-membros para que se autorregulem e exerçam competências e responsabilidades de acordo com as imputações que lhes são atribuídas e também de acordo com seus interesses.

É justamente sob a premissa de autonomia política dos entes federados que os estados, no exercício de suas competências, realizam ações de modo a promover e fomentar políticas econômico-sociais. A concessão de créditos presumidos de ICMS se insere nessa área de atuação do estado, vez que com isso o ente público abre mão de uma receita para que seja destinada diretamente àquilo que pretende fomentar, sem que tenha que passar por todo o trâmite de formação do erário para posterior aplicação do gasto pelo próprio ente público.

A concessão de subvenção via créditos presumidos de ICMS há muito vem sendo discutida nos âmbitos administrativo e judicial por diferentes aspectos, vez que a Receita Federal antes da Lei nº 14.789/2023, admitia a exclusão do valor correspondente a esses créditos da base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, desde que comprovada a aplicação do benefício recebido em ações de implantação ou expansão do respectivo empreendimento econômico e, hoje, com a nova Lei das Subvenções mencionada acima, não há sequer a possibilidade de exclusão da base de cálculo da benesse recebida (sistemática substituída para a técnica de apuração de crédito fiscal de IRPJ).

Diante do arcabouço normativo, muitas questões foram surgindo ao longo dos anos relacionadas à viabilidade de cumprimento dos requisitos impostos pela União para não tributar tais valores, ao correto enquadramento dos créditos presumidos dentro da subdivisão das subvenções: de *custeio e de investimento*, aos princípios da isonomia dos entes federativos e competência tributária, e que serão exatamente os aspectos a serem abordados a seguir, mas por um viés diferente.

O viés que consideramos elege o argumento elementar que deixa sem sentido os demais aspectos da discussão, pois acabam se tornando questões secundárias diante do que é primordial destacar: a natureza jurídica do instituto das subvenções em contraposição ao conceito de receita, a fim de delinear a margem de competência tributária que está sendo usurpada pela União, quando acaba por interferir e mitigar o alcance da política implementada pelo poder concedente. Diante da resolução deste argumento, se torna inútil se debruçar sobre aspectos de qualificação do tipo de subvenção ou de requisitos que a legislação federal venha a exigir para garantir foros de intributabilidade àquilo que já o é por natureza.

A abordagem adotada neste trabalho leva em consideração a demonstração da evolução normativa em linha cronológica para explicar a gênese do problema e a linha interpretativa que influenciou decisões administrativas e judiciais tomadas na resolução de conflitos.

2. A NATUREZA JURÍDICA DAS SUBVENÇÕES CONCEDIDAS SOB A FORMA DE CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS

As subvenções governamentais previstas na lei que estabelece normas gerais de Direito Financeiro (art. 12, § 3º da Lei 4.320, de 17 de março de 1964), são uma espécie de auxílio que o ente público subvencionador pode conceder às instituições e às empresas públicas ou privadas para atender finalidades de interesse comum entre concedente e beneficiário.

Essa espécie de auxílio pode ser efetivada de várias formas, diretas ou indiretas, caracterizando-se por meio de efetivas transações financeiras, pela redução ou eliminação da carga tributária ou por meios de doação, subsídios específicos, prêmios, entre outros. Devem, necessariamente, ser passíveis de quantificação em valor pecuniário, afastadas as assistências que não tenham qualquer impacto orçamentário ao ente público.

Considerando a forma como a dinâmica financeira ocorre entre o concedente e o beneficiário, as subvenções podem operar tanto na vertente de despesa quanto na vertente de receita. É através da observação destes dois polos – receita e despesa –, a depender do contexto de quem auxilia e de quem recebe este auxílio, que será possível traçar a natureza jurídica do instituto para então realizar a análise da coerência da tributação realizada pela União de acordo com a atual conjuntura legislativa.

O paralelo entre receita e despesa neste contexto é comentado por Leandro Paulsen³, em citação a Ricardo Lobo Torres, quando estabelece a relação de dependência uma da outra:

Os privilégios tributários, que operam na vertente da receita, estão em simetria e podem ser convertidos em privilégios financeiros, a gravar a despesa pública. A diferença entre eles é apenas jurídico-formal. A verdade é que a receita e a despesa são antes de relação, existindo cada qual em função do outro, donde resulta que **tanto faz diminuir-se a receita, pela isenção ou dedução, como aumentar-se a despesa, pela restituição ou subvenção, que a mesma consequência financeira será obtida.** [...] O trabalho dos americanos Staley S. Surrey e Paul R. MC Daniel, ao denominar de **“gasto tributário” (tax expenditure)** o incentivo sediado na receita e equipará-lo ao verdadeiro gasto representado na despesa (subvenção), contribuiu decisivamente para clarear o assunto. (grifos nossos).

Antes de prosseguir ao esboço da subvenção propriamente dita, concedida na forma de crédito presumido, abre-se um parêntese aqui para que não haja confusão de termos e de aplicações. A correlação feita acima e endossada neste trabalho traça o conceito de receita e de despesa em termos distintos daqueles considerados materialidade para fins de tributação em âmbito federal. Os conceitos estão traçados pelo seu anverso. Vejamos, o texto descreve sob a ótica de quem concede o benefício (estado) os seguintes termos: *“diminuição da receita – aumento de despesa”*. Não o são receita e despesa propriamente ditos à mesma maneira que se verifica num fluxo de caixa, mas seus efeitos podem operar de modo semelhante pela consequente diminuição da receita e aumento da despesa, justamente pela ausência do ingresso do crédito tributário que antes era devido e agora foi objeto de uma benesse, possíveis de serem avaliados em função da existência de previsões orçamentárias.

Assim, o dispêndio econômico que se evidencia pelo *aumento de despesa*, neste caso, é realizado *na própria receita*, pela sua consequente diminuição.

A mesma lógica se aplica sob a ótica de quem recebe o benefício (contribuinte), pois o que é recebido não caracteriza-se por “novo ingresso de receita”, não há um “aumento” no caixa decorrente diretamente da realização de suas atividades, mas este aumento ocorre indiretamente, pela ação de *poupar* aquilo que seria devido e, então, permanece em posse do

3 PAULSEN, Leandro. Constituição e código tributário comentados: À luz da doutrina e da jurisprudência. 18ª ed., São Paulo: Saraiva Jur, 2016. pg. 392.

contribuinte para a realização das finalidades propostas em face da benesse recebida, o seu aproveitamento é uma operação lógica de simultaneidade com a incidência do imposto. Fecha parêntese.

Os parênteses fazem sentido nesta análise justamente pela singularidade do benefício fiscal concedido na forma de créditos presumidos⁴ de ICMS dentro deste grande tema das subvenções. A singularidade é sinalizada pela maneira como esse tipo de benefício é concedido, pois não se exterioriza por uma clara transação pecuniária, não há um efetivo fluxo financeiro entre os envolvidos ou transferência direta de bens do ente público aos contribuintes beneficiários.

No que tange ao paralelo entre receita e despesa, em linhas rasas, é possível dizer que são o verso e o averso da mesma moeda, pois cuidam de momentos distintos do crédito tributário, evocando as normas de Direito Tributário regulamentam a instituição, a arrecadação e a fiscalização do tributo, e as normas de Direito Financeiro que disciplinam a destinação do produto dessa arrecadação, fase em que o tributo arrecadado se torna receita derivada e passa a fazer frente à determinada despesa. E não somente isto, estas últimas regulamentam não apenas o produto da arrecadação, mas antes a própria previsão desta arrecadação deve ser subsumida às regras que implicam responsabilidade fiscal do ente público através de leis orçamentárias.

Isto é, antes mesmo de se formar o erário, a fase antecedente de previsão orçamentária já demanda certa gerência do poder público sobre as medidas que serão tomadas para alcançar o orçamento e, inclusive, aquelas que poderão impactar negativamente este orçamento (em termos financeiros).

Frise-se: o ente público é responsável pelas medidas que poderão causar a diminuição da receita prevista no orçamento público, essa responsabilidade é justamente a tônica sobre a qual a definição da natureza jurídica das subvenções surge.

Esta posição se fundamenta pela obrigação que tem o ente público de fazer a devida compensação financeira caso essa concessão traga prejuízos ou, ainda que não seja necessária a compensação financeira, essa renúncia de receita ainda assim vincula o poder concedente pela necessidade de sua previsão no orçamento.

Isto por si é suficiente para ponderar a seguinte conclusão: o crédito tributário pertence ao ente público e a renúncia desse crédito se afeiçoa à uma transação financeira indireta, em razão dos impactos causados pela diminuição de receita, ainda que não tenha afetado diretamente as metas de resultados fiscais, conforme diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101 de 2000:

Art. 14. **A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro** no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

4 Observação importante se faz à generalização do termo “créditos presumidos”, pois no contexto das legislações estaduais, nem todo crédito presumido pode ser considerado um incentivo fiscal, existem aqueles que, apesar de terem esta nomenclatura, referem-se apenas a uma substituição do procedimento de compensação do imposto devido nas operações anteriores. Nem todo crédito presumido pode ser considerado no contexto dos incentivos fiscais.

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetar  as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cáculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

[...]

Art. 26. **A destinação de recursos para, direta ou indiretamente**, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

 1  O disposto no caput aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições precípuas, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

 2  Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de d vidas, a **concessão de subvenções** e a participação em constituição ou aumento de capital. (grifos nossos).

Não há como afastar o regime jurídico de Direito Financeiro para fins de correta identificação e atribuição da natureza jurídica ao instituto dos créditos presumidos de ICMS recebidos como subvenção.   ponto crucial na análise dizer que *algo pertence a alguém*. A regra matriz de incidência do ICMS devido pelo contribuinte tem sua incidência plena, e é justamente em decorrência de sua incidência plena que surge o poder de o estado “devolver” uma parte como benesse, pois este crédito *lhe pertence*. Ou seja, a possibilidade de conceder benefícios decorre precisamente do *poder de tributar* do estado, mais precisamente, de sua competência.

Para tanto é assim que, o estado, concedendo um incentivo fiscal, pode o fazer com base em determinadas condições que caso não cumpridas, o valor do crédito obtido poderá ser glosado. Em outros termos, o estado se apropria de volta daquilo que é seu caso ocorra a perda do objeto da concessão.

Portanto, a premissa utilizada neste estudo se pauta sobre a noção de que o benefício fiscal dos créditos presumidos como subvenção para investimento constitui-se em verdadeira despesa do Estado, que “renunciou”⁵ o recebimento dessa parcela do imposto.

3. PANORAMA GERAL E CONTEXTO CRONOLÓGICO DAS PREVISÕES NORMATIVAS SOBRE SUBVENÇÕES

O tema das subvenções há muito vem sendo discutido a partir da finalidade a que se prestam - em razão da subdivisão *custeio e investimento* - e não pela sua g nese. O plano

5 Neste sentido, não se trata de uma espécie de “renúncia” propriamente dita ao mesmo modo que se operam as isenções, por exemplo, pois nesta modalidade a norma tributária tem sua incidência interrompida por outra norma que afasta tais acontecimentos   tributação. Noutras palavras, o tributo sequer chega a ser devido, a incidência da norma isentiva impede a incidência da norma constitutiva do crédito tributário. O termo é aqui utilizado apenas para trazer a ideia de que o estado concede algo que está sob seu poderio e *lhe pertence*. Muito embora a norma isentiva também seja uma forma de benesse concedida pelo ente público, a análise teórica dos tipos de subvenção parte de premissas diferentes quando analisadas sob o plano de incidência normativo.

cronológico de normatização do tema, trazido logo a seguir, é salutar na compreensão das bases fundantes da problemática aqui tratada. A partir deste plano é possível assimilar sobre quais critérios a tributação das subvenções está sendo tratada nos âmbitos legislativo e judicial e, a partir disso, verificar quais as bases fundamentais de direito constitucional que ficaram à margem da discussão.

Normas relacionadas ao imposto sobre a renda e sobre a receita trouxeram o instituto das subvenções prescrevendo nomenclatura distinta a partir de duas finalidades gerais: (i) as subvenções de custeio se prestam a fazer face ao conjunto de despesas necessárias à realização da atividade e; (ii) as subvenções de investimento se prestam à fase de implantação ou expansão do empreendimento econômico.

A subdivisão em “custeio” e “investimento” foi primordialmente trazida na lei de regência do Direito Financeiro nº 4.320/1964, e esta mesma prescrição foi utilizada na legislação do imposto sobre a renda (art. 44 da Lei nº 4.506/1964) para fins determinação das rubricas integrantes da receita bruta operacional, incluindo nessa determinação as subvenções para custeio ou operação⁶.

Por outro giro, o Decreto Lei nº 1.598/1977, caracterizava como resultados “não operacionais” as subvenções para *investimento*, consideradas estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos desde que cumpridos os seguintes requisitos⁷:

Art. 38 - § 2º - As subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e as doações, feitas pelo Poder Público, não serão computadas na determinação do lucro real, desde que:

- a) registradas como reserva de capital, que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do artigo 19; ou
- b) feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.

Diante de todo o contexto legislativo, para fins de esclarecimento da distinção das subvenções pela sua finalidade, a Receita Federal do Brasil emitiu o Parecer Normativo CST nº 112/1978 trazendo as seguintes definições:

2.5 [...] Subvenção para Custeio ou Subvenção para Operação são expressões sinônimas. **Subvenção para Custeio é a transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la a fazer face ao seu conjunto de despesas. Subvenção para Operação é a transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la nas suas operações, ou seja, na conse-**

6 Art. 44. Integram a receita bruta operacional:

IV - As subvenções correntes, para custeio ou operação, recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas naturais.

7 A Lei 14.798/23 revogou o art. 38 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Norma considerada apenas para traçar o referencial da atual discussão sobre o tema. A legislação referente às contribuições destinadas ao PIS e COFINS (regime não cumulativo), art. 1º, §3º das leis nº 10.833/2003 e 10.637/2002, seguiu essa mesma toada, pois prescrevia como não integrantes da receita tributável as subvenções para investimento.

cução de seus objetivos sociais. As operações da pessoa jurídica, realizadas para que alcance as suas finalidades sociais, provocam custos ou despesas, que, talvez por serem superiores às receitas por ela produzidas, requerem o auxílio de fora, representado pelas Subvenções. O Custeio representa, portanto, em termos monetários, o reflexo da operação desenvolvida pela empresa. Daí porque julgamos as expressões como sinônimas. (grifos nossos).

[...]

2.11. Uma das fontes para se pesquisar o adequado conceito de Subvenções para Investimento é o Parecer Normativo CST nº 2/78 (DOU 16.01.1978). No item 5.1 do Parecer encontramos, por exemplo, menção de que a Subvenção para Investimento seria a destinada à aplicação em bens ou direitos. Já no item 7, subentende-se um confronto entre as Subvenções para Custeio ou Operação e as Subvenções para Investimento, tendo sido caracterizadas as primeiras pela não vinculação a aplicações específicas. Já o Parecer Normativo CST nº 143/73 (DOU 16.10.1973), sempre que se refere a investimento complementa-o com a expressão em ativo fixo. Desses subsídios podemos inferir que **Subvenção para Investimento é a transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la, não nas suas despesas mas sim na aplicação específica em bens ou direitos para implantar ou expandir empreendimentos econômicos.** Essa concepção está inteiramente de acordo com o próprio § 2º do art. 38 do DL 1.598/77. (grifos nossos)

O Parecer inclui, ainda, descrição que acaba por definir mais um critério e, além da contabilização das subvenções em reservas de capital ou incorporação ao capital social, passou a exigir “sincronicidade” entre a percepção do benefício e a sua efetiva utilização nos investimentos previstos no ato normativo de concessão:

2.12. Observa-se que a Subvenção para Investimento apresenta características bem marcantes exigindo até **mesmo perfeita sincronia da intenção do subvencionador com a ação do subvencionado. Não basta apenas o animus de subvencionar para investimento. Impõe-se também a efetiva e específica aplicação da subvenção, por parte do beneficiário, nos investimentos previstos na implantação ou expansão do empreendimento econômico** projetado. Por outro lado, a simples aplicação dos recursos decorrentes da subvenção em investimentos não autoriza a sua classificação como Subvenção para Investimento.

Em síntese, o Parecer CST nº 112/1978 classificou as subvenções, para fins de tributação, da seguinte forma:

- (i) As subvenções de custeio integram o resultado operacional da pessoa jurídica;
- (ii) As subvenções para investimento integram o resultado não operacional. Porém, para serem consideradas como de investimento, devem reunir as seguintes características:
 - a. a intenção do subvencionador de destiná-las para investimento;
 - b. a efetiva e específica aplicação da subvenção, pelo beneficiário, nos investimentos previstos na implantação ou expansão do empreendimento econômico projetado; e
 - c. o beneficiário da subvenção ser a pessoa jurídica titular do empreendimento econômico.

O debate sobre essa questão, quando se tratava do crédito presumido de ICMS ou outras formas de incentivo concedidas pelo poder público estadual, girava em torno de em qual classificação esse incentivo se enquadraria. A pergunta era se o crédito presumido de ICMS seria considerado subvenção *para investimento* ou não e, sendo assim considerado, os contribuintes se viam livres da tributação federal desde que observassem os critérios da legislação citada, ainda que o próprio ato concessivo do benefício não lhe exigisse as mesmas condições.

Diante disso, numa falha tentativa de resolver o impasse da subdivisão feita no Parecer 112/78, a Lei Complementar nº 160 de 2017, editada pela União, incluiu o §4º no art. 30 da Lei nº 12.973/2014⁸, determinando que todos os incentivos e benefícios relativos ao ICMS se enquadram na modalidade de subvenção de investimento, porém, mantendo critérios que davam destinação específica à utilização do benefício recebido:

Art. 30. As subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos e as doações feitas pelo poder público não serão computadas na determinação do lucro real, desde que seja registrada em reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que somente poderá ser utilizada para:

I - absorção de prejuízos, desde que anteriormente já tenham sido totalmente absorvidas as demais Reservas de Lucros, com exceção da Reserva Legal; ou

II - aumento do capital social.

[...]

§ 4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao imposto previsto no inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimento, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 160, de 2017).

Por fim, muito recentemente, em dezembro de 2023, foi promulgada a Lei das Subvenções, de nº 14.789/23⁹, que muito embora tenha revogado a maioria dos dispositivos supracitados, manteve a mesma linha de raciocínio, pois subjugou os incentivos à modalidade *investimento*.

A alteração *cruciante* trazida pela nova lei é que a sistemática do tratamento fiscal sobre a subvenção de investimento, em vez de *não* ser tributada “desde que cumpridos os requisitos de escrituração e destinação do incentivo”, passou a ser realizada pela apuração de crédito fiscal à alíquota de 25% sobre as “receitas de subvenção”. Ou seja, o valor correspondente ao incentivo recebido deve ser incluído normalmente na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e após isso, é apurado o crédito fiscal. Além disso, alguns critérios que limitam ainda mais essa apuração de créditos foram incluídos nos arts. 7º e 8º¹⁰.

8 A Lei 14.798/23 revogou o art. 30 da Lei nº 12.973/14. Norma considerada apenas para traçar o referencial da atual discussão sobre o tema.

9 A referida lei está sob análise do STJ pelas ações de inconstitucionalidade nº 7.604 e 7.622.

10 Art. 6º A pessoa jurídica habilitada poderá apurar crédito fiscal de subvenção para investimento, que corresponderá ao produto das receitas de

Ao que tudo indica, não haverá a mesma atribuição às contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, os textos que afastavam a tributação sobre as subvenções foram revogados e a nova lei não trata a respeito de crédito fiscal para estas exações específicas.

Como visto, ainda que tenha sido alterada substancialmente a sistemática do tratamento fiscal, a lógica permanece a mesma. Apenas uma modalidade de subvenção é amparada pela União e, agora, não mais pela *não incidência* dos tributos federais, mas pela incidência e consequente apuração de crédito fiscal e, diga-se de passagem, deveras restringido.

A subdivisão das espécies de subvenções em *custeio* e *investimento* resultou, portanto, num critério para definição da tributação em âmbito federal que desconsidera a natureza jurídica do próprio instituto da subvenção em si, redundando tanto na esfera administrativa quanto judicial um debate aporético – fundado sob um falso dilema –, de forma que as discussões pautavam-se mais pela *qualificação* das subvenções relacionadas ao ICMS do que pela inconstitucionalidade de tributação da benesse por sua própria natureza jurídica.

4. PACTO FEDERATIVO E ISONOMIA ENTRE A UNIÃO E OS ESTADOS-MEMBROS – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA ESTADUAL

O atual sistema tributário brasileiro se apoia sob a coluna mestra do sobre princípio federativo que demarca a isonomia entre os entes federados, de modo que cada ente possa exercer suas competências delimitadas pelo texto constitucional de forma harmônica e independente. Tais competências são campos de ação autônomos e exclusivos.

Dentro do campo de ação de ordem tributária, os estados-membros podem, através da obtenção do produto da arrecadação dos seus tributos, realizar funções tidas com fiscais ou *extrafiscais*¹¹.

No contexto das subvenções concedidas na forma de créditos presumidos, mesmo que não se fale propriamente em “produto da arrecadação” pois naturalmente essa forma de incentivo implica uma fase anterior à arrecadação do tributo, ainda assim pode ser perfeitamente identificada com base no seguinte pressuposto: *direito plenamente estabelecido e passível de ser exigido*. Noutros termos, não há produto da arrecadação, mas há o direito sobre o crédito que passa a ser então “renunciado” a fim de atingir determinadas finalidades e, dessa forma, cumpre a função extrafiscal diante da iniciativa do próprio poder público em destinar o *seu* crédito tributário, e assim o faz por intermédio do próprio contribuinte.

subvenção e da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) relativa ao IRPJ.

Parágrafo único. O crédito fiscal deverá ser apurado na Escrituração Contábil Fiscal (ECF) relativa ao período de apuração de reconhecimento das receitas de subvenção.

Art. 7º Na apuração do crédito fiscal, poderão ser computadas somente as receitas de subvenção que:

I - estejam relacionadas à implantação ou à expansão do empreendimento econômico; e

II - sejam reconhecidas após o protocolo do pedido de habilitação da pessoa jurídica.

Art. 8º Na apuração do crédito fiscal, somente poderão ser computadas as receitas:

I - que sejam relacionadas às despesas de depreciação, amortização ou exaustão ou de locação ou arrendamento de bens de capital, relativas à implantação ou à expansão do empreendimento econômico; e

II - que tenham sido computadas na base de cálculo do IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

11 Ainda que o ICMS não seja considerado precipuamente como um tributo de ordem “extrafiscal”, a extrafiscalidade é tida aqui como conceito mais amplo que abrange em maior ou menor grau todas as espécies tributárias. Neste sentido, o professor Paulo de Barros explica: “Há tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais ao setor da fiscalidade. Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro” (Curso de Direito Tributário, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018. pg. 288).

A par das prerrogativas que possui o poder público estadual, a inconstitucionalidade da cobrança de tributos da União sobre a parcela referente ao benefício pode ser identificada pela inobservância aos princípios da federação e da isonomia entre os entes públicos, resultando na usurpação da competência estadual pela União, definida por três aspectos: (i) natureza jurídica das subvenções, (ii) materialidade tributável de competência da União e; (iii) consequente atividade legislativa limitadora da União sobre os incentivos estaduais.

Tendo sido o primeiro aspecto considerado logo no capítulo 2, será avaliado mais atentamente agora o segundo e terceiro aspectos: a usurpação de competência dos estados pela União em clara tributação de materialidade alheia e atividade legislativa que institui prerrogativa de fiscalização e delimitação do uso dos incentivos concedidos por outros entes.

O que *não* está em jogo nesta análise não é a validade ou nível de eficácia *per se* dos critérios estabelecidos na lei das subvenções, ainda que assim possam ser questionados quanto aos incentivos concedidos pela própria União. Mas trata-se de uma lei de caráter federal que nitidamente abrange todos os incentivos dos demais entes sem distinção (art. 4º, I). Isto é, a norma não apenas tributa materialidade estranha à sua competência como institui um pressuposto para que haja fiscalização da efetiva utilização desse incentivo, determinando como esse incentivo deverá ser usado, mesmo que o faça por vias indiretas¹².

A começar pela análise das materialidades imputadas ao poder de tributar da União, podemos partir do conceito geral de *receita* pois, ainda que possa ser segregada em “bruta” (faturamento) ou “líquida”, sua premissa é comum à tais segregações contábeis, de modo que alcancemos de modo sintético uma definição que abranja os tributos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Já bem conhecida a definição do jurista Ricardo Mariz de Oliveira¹³, *receita* tem necessariamente a ver com *novo resultado, elemento novo e positivo, sem reservas, condição ou compromisso no passivo*, sendo *produto decorrente da própria atividade econômica realizada pelo contribuinte*, e modifica o patrimônio *incrementando-o*, sendo *proveniente do patrimônio de terceiro como contraprestação do exercício de suas atividades*.

Os critérios elencados demonstram com clareza o distanciamento boçal da natureza jurídica das subvenções com a definição de receita. Como descrito no capítulo 2, a diminuição no passivo causada pelo aproveitamento do incentivo não caracteriza elemento novo no resultado do contribuinte que se caracterize por contraprestação ao exercício de suas atividades.

Outra forma de ingerência da União sobre a competência estadual, além da tributação propriamente dita, é uma espécie de imposição de destinação específica de utilização do incentivo. Vejamos.

O art. 156, § 2º, XII, g, da CF expõe que a forma de como as isenções, os incentivos e os benefícios fiscais serão concedidos e revogados deve ser regulamentada por meio de lei complementar, na função de lei nacional, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal. Neste sentido, caso a atividade legislativa da União pretendesse definir o conceito de subvenção para *fins gerais*, para que todos os estados observassem as mesmas regras e condições, seria então legítimo fazê-lo. Contudo, a definição bem como a qualificação das subvenções existente na legislação federal (Lei das Subvenções) é associada ao modo como

12 “Por vias indiretas” entenda-se que o incentivo ainda poderá ser concedido pelo ente estadual e com as condições que forem por este estabelecidas, contudo, acaba sendo deturpado num segundo momento pela União que interfere naquilo que o ente estadual pretendia realizar.

13 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Fundamentos do Imposto de Renda”. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 102.

o benefício deve ser utilizado pelo contribuinte para que não sofra carga tributária tão expressiva e lhe seja possibilitado o “crédito fiscal”.

Ainda que de maneira indireta, é como se o percentual que o poder estadual quisesse conceder tivesse de ser reavaliado para considerar a tributação federal e só então chegar ao patamar do benefício que se pretendia inicialmente¹⁴.

Diante dessa possível consequência lógica, poderia haver o questionamento de que a União ao tributar tais incentivos não estaria “obrigando os Estados a agirem de uma determinada maneira”, pois o sujeito passivo direto da exação seria o próprio contribuinte, sendo que o Estado não necessariamente precisa alterar ou estabelecer condições para concessão do incentivo ou ainda modificar a finalidade pretendida para que corrobore com os modos previstos na lei das subvenções.

Contudo, a usurpação da competência dirigida aos estados percorre planos mais abrangentes. É o desfazimento da intenção do Estado, onerando o que se pretendia desonerar por vias ilegítimas que se distanciam da necessária correlação entre o critério quantitativo do tributo e a sua materialidade.

Esse questionamento é sobremaneira tratado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.517.492:

I – Controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. II – O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que **o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL**; já o segundo considera que **o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros**. III – Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou. IV – Tal entendimento leva ao **esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo**, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas. V – O modelo federativo por nós adotado abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada. VI – **Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados**. VII – A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS – e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei comple-

14 Muitas vezes, norma federal contém mandamento “obrigando” os Estados a agirem de uma determinada maneira, sobre determinado assunto. A ingerência aí é clara e configura, em nossa opinião, uma inconstitucionalidade irremissível. Os Estados, ainda que a Constituição lhes atribua uma tarefa, é que devem decidir quando e como desempenhá-la. CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 32ª ed., rev.e atual., São Paulo: Malheiros, 2019. pg. 126 e 127.

mentar. VIII – A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura **instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.** IX – A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação. X – O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.). XI – **Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa,** em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados. XII – O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, **se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceito legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica,** integrantes da cesta básica nacional. XIII – A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência. [...].

(REsp 1517492/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 01/02/2018) (grifos nossos).

No caso acima, o crédito presumido concedido pelo Estado do Paraná, mediante o Decreto nº 6.080/2012, era justamente um crédito de ICMS de caráter “geral”, sem a previsão de condições específicas que demonstrem o desenvolvimento ou expansão dos beneficiados, dirigido ao setor alimentício e efetivado meramente pelo cálculo sobre as operações de saída de massas alimentícias e farinhas de trigo. O fundamento na resolução deste caso não se prendeu ao *tipo de subvenção* para fins de enquadramento do incentivo neste ou naquele mas restou definido pela garantia aos direitos fundamentais, pela redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza. O pressuposto base foi justamente a natureza jurídica do benefício, independentemente da existência ou não de requisitos para sua fruição¹⁵.

15 A natureza tanto importa que nem todo o incentivo concedido mediante crédito presumido será “condicionado” ao preenchimento de determinados requisitos, assim bem como nem todo crédito presumido será um benefício financeiro fiscal para que seja tido como subvenção.

A desoneração dos produtos alimentícios citados, já é, por si só, uma manifestação desses objetivos sem que outras condições tivessem que ser implementadas, contudo, a forma de concessão e aproveitamento não cumpria os requisitos da norma federal para que a parcela não fosse sujeitada à tributação.

Todos estes argumentos tornam *inócua* a separação entre subvenção de custeio e de investimento, pois a natureza jurídica do instituto é comum e singular em ambas as finalidades. Resgatando a premissa já pontuada alhures, trata-se de uma despesa indireta do Estado consubstanciada pela diminuição de sua receita. O modo de fruição não serve para a definição da natureza jurídica das subvenções, este movimento deve ser inverso, é a sua gênese que traz essa definição. Nesse sentido, Ricardo Mariz de Oliveira¹⁶ descreve:

[...] impõe-se sobranceira a própria identidade essencial das subvenções em contraposição às receitas, vale dizer, **se sobrelava a sua própria substância verdadeiramente ontológica, tal modo que a destinação da aplicação dos recursos supridos – para investimento ou para custeio – não é um dado relevante** para se dizer que umas subvenções não sejam receitas, mas outras sejam. Como também sua forma de contabilização não altera sua substância. (grifos nossos).

Conjecturando uma situação ainda mais adversa, pensemos que o contribuinte beneficiário recebeu o incentivo do crédito presumido mediante condições impostas pelo próprio poder concedente e estas sejam descumpridas. Sequer este tipo de descumprimento autoriza a União a considerar o resultado da diminuição do passivo como materialidade tributável, pois este fato, por lógica jurídica, não transmuta a natureza jurídica do incentivo, apenas autoriza o poder concedente a reaver o valor do crédito concedido, além da aplicação de eventuais sanções, se o caso.

Mesmo diante desses argumentos o STJ alterou seu entendimento. Após a publicação do julgado mencionado acima o tema retornou ao órgão com a pretensão de que o mesmo entendimento fosse aplicado às demais modalidades de concessão de incentivos fiscais. O novo entendimento foi fixado no tema repetitivo nº 1.182, que retomou novamente o fundamento, para não incidência dos tributos federais, com base no *tipo de subvenção* e não com base em sua própria natureza, vejamos¹⁷:

1. **Impossível excluir os benefícios fiscais relacionados ao ICMS**, - tais como redução de base de cálculo, redução de alíquota, isenção, diferimento, entre outros - da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, **salvo quando atendidos os requisitos previstos em lei (art. 10, da Lei Complementar n. 160/2017 e art. 30, da Lei n. 12.973/2014), não se lhes aplicando o entendimento firmado no ERESP 1.517.492/PR que excluiu o crédito presumido de ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

2. Para a exclusão dos benefícios fiscais relacionados ao ICMS, - tais como redução de base de cálculo, redução de alíquota, isenção, diferimento, entre outros - da base de

16 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "Fundamentos do Imposto de Renda". São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 162.

17 Diante da nova Lei das Subvenções o pressuposto do julgado permanece, mantendo o entendimento vinculante, uma vez que concedido em sede de tema repetitivo.

cálculo do IRPJ e da CSLL não deve ser exigida a demonstração de concessão como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos.

3. Considerando que a Lei Complementar 160/2017 incluiu os §§ 4º e 5º ao art. 30 da Lei 12.973/2014 sem, entretanto, revogar o disposto no seu § 2º, a dispensa de comprovação prévia, pela empresa, de que a subvenção fiscal foi concedida como medida de estímulo à implantação ou expansão do empreendimento econômico não obsta a Receita Federal de proceder ao lançamento do IRPJ e da CSLL se, em procedimento fiscalizatório, for verificado que os valores oriundos do benefício fiscal foram utilizados para finalidade estranha à garantia da viabilidade do empreendimento econômico.

Os fundamentos do julgado permanecem mesmo após a promulgação da Lei das Subvenções nº 14.789/23, pois a nova lei alterou de forma substancial apenas a sistemática de tributação, mantendo o tipo de subvenção como critério que define a materialidade, pressuposto este que sustenta o entendimento vinculante concedido em sede de tema repetitivo. Contudo, o tema ainda não está totalmente definido em âmbito judicial, pois a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal mediante as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 7.604 e 7.622, pendentes de julgamento.

5. CONCLUSÕES

Toda a problemática resultante do tema das subvenções deriva do enfoque equivocado sobre qual a pergunta correta a ser feita. A correta pergunta se define pela lógica do sistema constitucional vertida sobre os princípios do pacto federativo e da autonomia dos entes federados, resultando assim em competências bem definidas e delimitadas.

Diante de todo o arcabouço legislativo que foi sendo alterado em função da definição do *tipo de subvenção*, se de custeio ou de investimento, o propósito dos contribuintes era de ver enquadrado o seu benefício fiscal no segundo tipo, pois este possuía prerrogativas que afastavam a incidência da tributação federal.

Com isto, preponderou em âmbito administrativo e judicial a seguinte pergunta a ser respondida: crédito presumido de ICMS pode ser enquadrado como subvenção de investimento ou não? O objetivo não era tão somente pela busca do correto enquadramento do benefício, mas o fim principal era de afastar a benesse recebida de mais exigências fiscais. Para esta pergunta um pressuposto foi estabelecido: subvenções são tributáveis.

Uma outra pergunta mais eficaz é feita no objetivo de alcançar o mesmo fim: subvenções, em termos gerais, são ou não consideradas *receita*? A pergunta correta se apropria de termos que se referem à materialidade concedida ao poderio da União e realiza o confronto com a natureza jurídica do objeto que está sendo submetido à tributação. Ou seja, a pergunta que demanda lógica jurídica nas conclusões não parte do pressuposto de que a tributação das subvenções está correta, mas antes questiona o próprio pressuposto.

O imbróglgio surgiu justamente pela peculiaridade pertinente à forma como o incentivo é concedido quando utilizada a via dos créditos presumidos de ICMS, pois não há uma transferência direta de recursos do ente público para o contribuinte, mas quebra-se a cadeia de formação do erário no ciclo anterior, antes mesmo que o crédito pertencente ao poder

público estadual seja recolhido. Frise-se o verbo *pertencer*, pois o crédito presumido concedido no contexto dos incentivos fiscais pressupõe a própria incidência do ICMS, para só então depois ser objeto de apuração. Pressupõe que primeiro o crédito é constituído, para então ser parcial ou totalmente renunciado. É o poder público investindo para realização de determinados fins, utilizando como *meio* o próprio contribuinte.

A resposta decorrente da lógica do sistema constitucional é conclusiva no sentido de que a natureza jurídica das subvenções governamentais prescinde da definição de finalidades como de *custeio* ou de *investimento*. Essa subdivisão é irrelevante para o instituto, que é uma espécie de renúncia de receita da subespécie *incentivo fiscal*, definição que passa a largo do conceito de receita. Ausentes, portanto, pressupostos lógicos que sustentem a tributação destes incentivos a nível federal.

REFERÊNCIAS

BEVILACQUA, Lucas; CECCONELLO, Vanessa Marini. **Incentivos fiscais de ICMS e subvenções para investimentos: tratamento fiscal após a edição da Lei Complementar n. 160/2017**. Revista de Direito Tributário Atual, São Paulo, n. 41, ano 37, p. 271, 1º semestre 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 32ª ed., rev.e atual., São Paulo: Malheiros, 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

GASPERIN, Carlos Eduardo Makoul. **Subvenções para investimento e os incentivos de ICMS: uma análise da SC COSIT n. 145/2020 e da LC n. 160/2017**. Revista de Direito Tributário Atual, São Paulo, n. 48, 2021. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/subvencoes-para-investimento-e-os-incentivos-de-icms-uma-analise-da-s-c-cosit-n-145-2020-e-da-lc-n-160-2017/>. Acesso em 14 de abril de 2024.

PAULSEN, Leandro. **Constituição e código tributário comentados: À luz da doutrina e da jurisprudência**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

NORMAS BRASIL. **Parecer Normativo CST n. 112**, de 29 de dezembro de 1978. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/parecer-normativo-112-1978_92493.html. Acesso em: 15 de abril de 2024.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **“Fundamentos do Imposto de Renda”**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz *et al.* **Tributação sobre a Receita**”, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Porto Alegre, 2017, Lex Magister, p. 71, Série CEU – Lex/Magister 05. Disponível em: <https://www.marizadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/02/NArt.28-2017.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2024.

A atuação da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas na implementação de políticas públicas em cuidado paliativo

Sálvia Haddad¹
Patrícia Petruccelli Marinho²

RESUMO

O presente estudo pretende demonstrar a importância da atuação das procuradorias estaduais, enquanto órgãos de assessoramento e consultoria jurídica no âmbito estadual, para implementação de políticas públicas em medicina paliativa. A oferta de cuidados paliativos deficitária em todo país exige que todas as instituições busquem formas de melhorar a assistência nesta área em prol da concretização da dignidade da pessoa humana. Nesse cenário, importa abordar o conceito de cuidados paliativos, as competências das procuradorias estaduais em nível constitucional e as ações concretizadas pela procuradoria do estado do Amazonas nas políticas públicas voltadas ao cuidado paliativo. Assim, o presente artigo objetiva demonstrar a experiência da procuradoria amazonense na instalação de *home care* em casos de doenças crônicas, regularização de fornecimento de medicamento e a participação na Câmara de Resolução Extrajudicial de Litígios em saúde no âmbito estadual. Para tanto, o estudo utilizará a metodologia de pesquisa bibliográfica, com leitura sistemática de publicações nacionais e estrangeiras. Com este escopo, conclui que a atuação das procuradorias estaduais é essencial para o alcance da eficiência das políticas voltadas ao cuidado paliativo, com reflexo na sociedade como um todo.

Palavras-chave: Procuradorias gerais de estado. Procuradoria do Estado do Amazonas. Políticas públicas. Saúde. Cuidado paliativo.

- 1 Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado do Amazonas – UFAM. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Procuradora do Estado do Amazonas. Advogada habilitada em testamento vital pelo portal www.testamentovital.com.br. E-mail: salvia@ssh.net.br.
- 2 Mestre em Direito de Estado pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas. Ex-professora do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Membro do Instituto Amazonense de Direito Administrativo – IADA. Procuradora do Estado do Amazonas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No dia 14.12.2023, o Ministério da Saúde, em reunião da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) deu seu aval para a criação da Política Nacional de Cuidados Paliativos. A medida deve garantir suporte a pacientes pediátricos e adultos que vivem com doenças graves e/ou incuráveis pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

A decisão deve colaborar para o estabelecimento de equipes multidisciplinares – formadas por médico, enfermeiro, psicólogo e assistente social – que irão implementar a política em todo o país, visando oferecer cuidados paliativos precocemente em casos de doenças ameaçadoras da vida, prevenindo sofrimento físico, psicológico, social e espiritual, estendendo os cuidados à fase de luto.

A proposta dos cuidados paliativos é reduzir a dor e o sofrimento de pacientes com doenças graves e/ou em estágios avançados e/ou em terminalidade, estendendo-se a seus familiares. A medicina paliativa é ofertada com suporte multidisciplinar abordando a morte como um processo natural.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), essa abordagem de cuidado é fundamental nos sistemas de saúde. No entanto, somente 14% das pessoas que precisam têm acesso a cuidados paliativos no mundo.³ Já no Brasil a realidade é bem pior: a despeito de um aumento considerável nos serviços de cuidados paliativos de 2018 a 2023 (32,20%), este acréscimo é insuficiente para colocar o país dentre as nações com bom nível de cobertura na área.⁴

O Sudeste conta com o maior número de serviços, totalizando 98. Em seguida, vem a região nordeste com 60 serviços; a região Sul, com 40 serviços, Distrito Federal soma 16 serviços e após, o Norte que apresenta 7 serviços. Dos 7 serviços no Norte, apenas 1 é atribuído ao Amazonas, pela Fundação Centro de Controle de Oncologia do estado do Amazonas – FCECON.⁵

Diante desta realidade, a criação da Política Nacional de Cuidados Paliativos representa um avanço, pois pretende formar ao todo 1.321 equipes de cuidados paliativos que terão investimento do Ministério da Saúde e cuja execução dependerá da adesão de estados e municípios.⁶

Neste contexto, a atuação dos governos estaduais é relevante, bem como a atuação das procuradorias estaduais que, com competência constitucional para atuar junto aos governos estaduais, auxiliam na implantação de políticas públicas em saúde, por meio de propositura de ações judiciais, emissão de pareceres, prestação de assessoria e consultoria jurídica, etc.

Este estudo pretende abordar o conceito de cuidados paliativos, a competência das procuradorias estaduais para implementação de políticas voltadas a cuidados paliativos, com destaque para ações da Procuradoria do Estado do Amazonas, apresentando três situações concretas de atuação. Ao final busca demonstrar que o governo estadual não pode prescin-

3 Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/150287-oms-divulga-recursos-para-servi%C3%A7os-de-cuidados-paliativos#:~:text=A%20cada%20ano%2C%20estima%2Dse,cuidados%20paliativos%20dever%C3%A1%20quase%20dobrar>. Acesso em: 05.abr.2024

4 Disponível em: <https://paliativo.org.br/academia-nacional-de-cuidados-paliativos-lanca-dados-ineditos-sobre-os-cuidados-paliativos-no-brasil/>. Acesso em: 05.abr.2024

5 Atlas dos cuidados paliativos no Brasil [livro eletrônico] / Úrsula Bueno do Prado Guirro... [et al.]. -- 1. ed. -- São Paulo : Academia Nacional de Cuidados Paliativos, 2023.

6 Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/ministerio-da-saude-aprova-politica-nacional-de-cuidados-paliativos>. Acesso em: 04.abr.2024

dir do desempenho da procuradoria do estado se deseja avançar na prestação de cuidados paliativos em todo estado.

Este artigo segue a vertente metodológica teórico-dogmática para, a partir do sistema jurídico posto e por meio da coleta de dados em fonte bibliográfica e documental, demonstrar o relevante papel das procuradorias estaduais na implementação de políticas públicas voltadas para cuidados paliativos.

2. O QUE SÃO CUIDADOS PALIATIVOS?

Quando se pretende responder a uma indagação científica é necessário abordar temas adjacentes que ajudam no entendimento da questão posta. Assim, identifiquei categorias que merecem destaque: a política nacional de saúde, cuidados paliativos e missão constitucional das procuradorias de estado.

Os cuidados paliativos remontam à Europa medieval e estavam ligados aos serviços religiosos (MCCOUGHLAN, 2004). A etimologia da palavra já revela seu intuito: o termo advém de *pallium*, manto usado pelos cavaleiros para proteção contra tempestades ao longo do caminho. De *pallium* nasceu a palavra paliar, que em português significa proteger, aliviar.

O movimento paliativista foi uma resposta ao exacerbado poder conferido à instituição médica, que passou a produzir um fim de vida medicalizado, que silenciava o moribundo (MENEZES, 2004). Na década de 70, o movimento pelos direitos dos pacientes, iniciado nos EUA, previa a defesa do direito de morrer com dignidade num novo modelo de prática médica que compreendia o processo de morrer não pela perspectiva médica, mas pela perspectiva do paciente (SCHAEFER, 2020).

A primeira instituição especializada em pacientes chamados ‘terminais’ foi criada por Cicely Sanders, em 1967, Londres: o *St. Christopher’s Hospice*, com o objetivo exclusivo de promover cuidados paliativos com foco na medicina assistencial (DADALTO, 2020). Hoje a *International Association for Hospice & Palliative Care* (IAHPC) aduz que:

...os cuidados paliativos são cuidados holísticos ativos, ofertados a pessoas de todas as idades que se encontram em intenso sofrimento relacionados [sic] à sua saúde, proveniente de doença grave, especialmente aquelas que estão no final da vida. O objetivo dos cuidados paliativos é, portanto, melhorar a qualidade de vida dos pacientes, de suas famílias e de seus cuidadores.⁷

A *Worldwide Hospice Palliative Care Alliance* (WHPCA) juntamente com a Organização Mundial de Saúde, por meio de seu *Global Atlas of Palliative Care at the End of Life*, reconheceu o cuidado paliativo como um direito humano, cujo acesso possibilita alívio da dor e sofrimento nos mais variados contextos patológicos. Esta abordagem contemporânea de cuidado é uma realidade verificável em muitos países, como EUA, Itália, França e Inglaterra.⁸

7 IAHPC – INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR HOSPICE & PALLIATIVE CARE. *Palliative Care definition*. Tradução por Cristiane Terz, Danielle Soler, Fernando Kawai, Helloisa Brogiatto, João Batista Garcia, Luciana Messa e Morgana Matos. Hospicecare, 2018. Disponível em: Acesso em: 15 abr 2024.

8 World Health Organization. *What is the way forward? In: World Health Organization. Global atlas of palliative care at the end of life* [Internet]. Disponível em: <http://www.thewhpc.org/resources/global-atlas-on-end-of-life-care>. Acesso em: 05 mar.2024

No âmbito nacional, o Ministério da Saúde instituiu o Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos (Portaria GM 19/2002), que representou o reconhecimento da relevância dos cuidados paliativos.⁹ Após a instituição do Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar (PNHAH),¹⁰ o Ministério da Saúde publicou a Resolução n. 41/2018, dispendo sobre as diretrizes para a organização dos cuidados paliativos em todos os níveis de atendimento à saúde do SUS.¹¹

A prestação de cuidados paliativos assegura a correta incidência do art. 5.º, III, da CF, que determina que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” **A prática coloca a tecnologia à serviço do paciente evitando sofrimento qualquer que configure tortura ou tratamento desumano e degradante** (MOLLER, 2007).

Também o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.805/2006, já se manifestou consagrando a filosofia dos cuidados paliativos que devem ser ministrados visando o conforto físico, psíquico, social e espiritual do paciente.¹²

A questão já está sendo enfrentada em nossos tribunais. Em 07/11/2019, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou seguradora de saúde a indenizar os filhos de paciente por falha na prestação do serviço de cuidados paliativos, tendo sido a primeira decisão judicial brasileira que reconhece o direito ao cuidado paliativo como um direito humano e que precisa ser prestado segundo a melhor evidência, a fim de promover a dignidade do morrer.¹³

Diante das perspectivas postas, o estudo passa a abordar o papel das procuradorias estaduais na implantação de políticas públicas de cuidados paliativos.

3. O PAPEL DAS PROCURADORIAS ESTADUAIS NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A teoria clássica afirma que a democracia é o método pelo qual o bem comum é realizado: por meio das eleições se chega às decisões políticas. A finalidade da democracia seria, então, cumprir a vontade de todos, uma vez que o povo vota conforme opinião racional e seu representante, se eleito, será o responsável por zelar pelos votos recebidos.

A tomada de decisões políticas seria processada por um sistema institucional no qual o indivíduo decide, diante das lideranças políticas e partidárias apresentadas, quem irá representá-lo. (SCHUMPETER, 1961). Em seu conceito mínimo, pode-se dizer que a democracia é a possibilidade de transição do poder, mas não se restringe apenas à forma de competição para eleição de representantes e garantia de cumprimento das normas eleitorais.

Isso porque as instituições democráticas revelam-se primordiais, pois são elas que garantem a prevalência da vontade do povo em favor da vontade individual. Assim, a democracia apenas se consolida quando um sistema específico de instituições (tribunais, Minis-

9 Ministério da Saúde. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0019_03_01_2002.html. Acesso em: 04 mar.2024

10 Ministério da Saúde. Política Nacional de Humanização – PNH. Disponível em: <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnhah01.pdf>. Acesso em: 05 jan.2024

11 Ministério da Saúde. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51520746/do1-2018-11-23-resolucao-n-41-de-31-de-outubro-de-2018-51520710. Acesso em: 05 mar.2024

12 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805/2006. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida. Acesso em: 12 abr.2024

13 Processo n. 1.0000.19.050415-9/001

tério Público, Legislativo, Procuradorias Estaduais, entre outras) torna-se a regra geral de controle do poder da ação estatal, de modo que as eleições diretas, isoladamente, não garantem prosperidade do sistema democrático. (PRZEWORSKI, 1994)

Dentro deste contexto institucional surgem as Procuradorias dos Estados qualificadas na Constituição Federal do Brasil como essenciais à justiça e que têm por finalidade a defesa judicial e extrajudicial, bem como a consultoria e a assessoria jurídica dos entes federados (art. 132).¹⁴Passam, a partir daí, a integrar o sistema de democratização com dever de garantir a constitucionalidade e legalidade dos atos praticados pelo governo estadual, contribuindo para a construção da motivação legal das ações do governo.

Essa atribuição constitucional é de extrema relevância, pois é exercida em situações concretas através da emissão de pareceres, propositura de ações judiciais, prestação de assessoria e consultoria jurídica, advocacia preventiva, entre outras, influenciando diretamente na visão que construirá as ações estatais. A importância das Procuradorias não se restringe ao dever de defesa do Estado, mas também para garantir a democracia e prevenir danos que possam ser lesivos à toda sociedade.

Nesse contexto, cito a Lei n. 1.639/1983 – Lei Orgânica da Procuradoria do Estado do Amazonas – que, em seu art. 2.º, apresenta as suas competências, dele se inferindo que a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas possui três principais funções: judicial, de consultoria e de assessoramento. Estas competências permitem à Procuradoria amazonense atuar na execução de medidas administrativas e judiciais efetivando políticas públicas, com destaque, nesta pesquisa, para as políticas públicas voltadas aos cuidados paliativos.

Trazidas as noções básicas de cuidados paliativos e abordada a competência da Procuradoria do Amazonas nesta matéria, passamos a analisar três medidas por ela concretizadas na implementação de políticas públicas em cuidados paliativos, de forma a dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

4. ATUAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

Aqui serão analisadas as três ações concretizadas pela procuradoria amazonense em prol dos cuidados paliativos. São elas: implantação de *home care* para pessoas com doenças crônicas, ação judicial proposta para regularizar o fornecimento de medicamento (letrozol) e participação na Câmara de Resolução Extrajudicial de Litígios de Saúde.

4.1 Programa melhor em casa: atenção domiciliar no sistema único de saúde

O Governo Federal criou, em nível nacional, o programa “Melhor em casa”, destinado a regular a atenção domiciliar pelo Sistema Único de Saúde, no ano de 2011. O programa é desenvolvido em nível Municipal e Estadual, a depender do grau de complexidade do paciente e o tipo de atenção que necessite.

14 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

A atenção domiciliar surgiu em 1947, como extensão do hospital de Montefiore, no Bronx, Estados Unidos, com a intenção direta de abreviar a alta hospitalar. Porém, na década de 1980, com o surgimento da AIDS, houve mudança no perfil do usuário e na importância da assistência domiciliar, uma vez que era necessário encontrar maneiras mais efetivas de realizar o atendimento e diminuir o custo, o que trouxe outros países ocidentais a adotarem a prática. O Brasil (FEUERWERKER:2008) seguiu a tendência mundial e iniciou, pela iniciativa privada, a atenção domiciliar na década de 1990.

Conforme divulgação do Ministério da Saúde, a Atenção Domiciliar (AD) é modalidade de atenção à saúde, sendo substitutivo ou complementar a internação hospitalar, caracterizada por um conjunto de ações de promoção à saúde, prevenção e tratamento de doenças e reabilitação prestadas em domicílio.

Seguindo o legado da atenção domiciliar América, o programa brasileiro tem como objetivo a redução da demanda por atendimento hospitalar e do período de permanência de usuários internados, aliado à humanização da atenção à saúde, ampliação da autonomia dos usuários, o que redundará, também em melhor aproveitamento de recursos financeiros e estrutura hospitalar.

A oferta desse serviço de Atenção Domiciliar no sistema único de saúde é categorizada em AD1, AD2 e AD3, segundo respectivamente a complexidade crescente de cuidado do usuário. As equipes são divididas em Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar (EMAD) e Equipe Multiprofissional de Apoio (EMAP), sendo as equipes integradas por médico, enfermeiro, técnico ou auxiliar de enfermagem, fisioterapeuta, assistente social, cirurgião dentista, nutricionista, farmacêutico e terapeuta ocupacional. O Programa deve funcionar garantindo cobertura mínima de 12 (doze) horas diárias, inclusive nos finais de semana e feriados.

A defesa do modelo de Atenção Domiciliar, seguindo as diretrizes do Ministério da Saúde, vem sendo realizada pela Procuradoria do Estado, uma vez que a judicialização da saúde, por vezes, desvirtua o programa. Decisões judiciais que determinam o ingresso de pacientes no programa “Melhor em casa” sem que tenham sido avaliados pela Equipe Multidisciplinar, acabam por determinar a má-prestação do serviço a quem se enquadra em seus requisitos.¹⁵

Isso principalmente em razão do programa de atenção domiciliar disponibilizado pelo SUS não se enquadrar em serviço de internação domiciliar, popularmente conhecido como “*home care*”. A família deve ser envolvida diretamente no cuidado, que demanda um cuidador, membro do núcleo familiar ou não, mas que possa realizar os procedimentos normais de cuidado nos horários em que a equipe multidisciplinar não estiver em atendimento.

As decisões proferidas por juízes que não atuam em varas especializadas e que, em meio a plantões judiciais, ou mesmo por serem os únicos juízes de sua Comarca, acabam por confundir Atenção Domiciliar com *home care* e concedem o serviço ininterrupto aos requerentes, transformando-se em obstáculos reais à prestação efetiva do serviço e contribuindo para a utilização desordenada dos recursos e não contemplada na universalidade do SUS.

15 Somente no primeiro semestre de 2024, a PGE/AM defendeu o estado em cinco ações judiciais com pedidos relacionados a *home care* ou ingresso no programa “Melhor em casa” sem a observância dos requisitos estabelecidos na Portaria do Ministério da Saúde. Vide ações de conhecimento n. 067156-86.2023.8.04.0001, 0401242-98.2024.8.04.0001, 0600055-43.2024.8.04.2500, 0600750-90.2024.8.04.4700, 0583494-06.2023.8.04.0001, todas em curso no primeiro grau da Justiça Comum do Amazonas.

Assim, a PGE atua na defesa do erário para a manutenção correta da política pública tal qual foi plasmada, para que não se desvirtue em razão da judicialização e de interesses estranhos à prestação do serviço. Não só com a atuação segura, por contestações e medidas processuais possíveis no feito judicial, a PGE também realiza a defesa do programa de atenção domiciliar por meio de oferecimento de seminários e encontros sobre saúde pública, para sensibilizar magistrados e operadores da lei a seguirem diretrizes legais do Sistema Único de Saúde.

É imperioso que o Judiciário entenda que é parte na execução da política pública da saúde, pois sua atuação pode causar grande desequilíbrio na execução do planejamento das ações do sistema, sendo a escassez de recursos um peso a impedir novos investimentos e um melhor serviço de assistência terapêutica.

E mesmo quando existe a determinação de *home care* integral, que se opõe à essência do programa de atendimento domiciliar como política pública em nível universal, a PGE também tem papel na concretização do amparo ao paciente cujo caso demanda cuidados integrais paliativos.

Desde 2019, por determinação do Judiciário local, o serviço de atenção domiciliar integral é fornecido a paciente menor de idade que foi representado pelo Ministério Público Estadual em ação judicial com esse pedido. Em razão dessa determinação judicial, o Estado foi obrigado a licitar e contratar empresa especializada para a prestação desse serviço de atendimento.

Como se vê, a prestação dos cuidados paliativos continua sendo realizada pelo Estado, porém não mais por meio de seus agentes públicos dentro de diretriz pensada de forma universal, na forma do art. 196 da Constituição Federal.

Dando cumprimento à decisão com trânsito em julgado, houve a licitação e o contrato administrativo de empresa especializada para a prestação do serviço. E como contratante, o Estado deve fiscalizar o cumprimento do objeto, podendo aplicar multas pelo seu descumprimento, bem como rescindi-lo se não prestado a contento, conforme a Lei n. 8.666/93, aplicável ao tempo de sua assinatura.

Numa situação delicada de saúde, em que existem interesses emocionais não tutelados, mas jamais esquecidos, a prestação do serviço de *home care* mediante contrato administrativo não ocorreu da forma mais pacífica, tendo surgido atritos entre a equipe multidisciplinar e a responsável pelo paciente, levando a empresa a abandonar o paciente e causar prejuízo direto e real a quem não tem como sobreviver sem o cuidado paliativo.

A Procuradoria Geral do Estado, acionada pela Secretaria de Saúde, ingressou no plano judicial com Tutela de Urgência em caráter antecedente para determinar à empresa a proibição de paralisar os serviços decorrentes do contrato, assim como cumprir todas as cláusulas ali encartadas, por se tratar de direito à saúde e risco de morte do paciente.

Nesse aspecto, é curial lembrar que, ainda que o Estado estivesse inadimplente pelo prazo de noventa dias, previsto no art. 78, XV, da Lei n. 8.666/93 como causa de paralisação do serviço até o pagamento, o objeto do contrato envolvia direito à vida e saúde pública, o que são obstáculos a essa paralisação.

E diante da atuação segura e precisa da Procuradoria do Estado, o Judiciário local concedeu a Tutela de Urgência nos autos do Processo n. 0440046-72.2023.8.04.0001, determinando à contratada a proibição de paralisar o serviço detalhado no contrato, bem como o fiel cumprimento de todas as suas cláusulas, sob pena de multa diária de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

4.2 Atuação judicial para regularização de fornecimento de medicamento letrozol

Na seara dos contratos em sede de cuidados paliativos, tem-se que o Estado, por meio de sua Fundação Pública de atenção oncológica, adquire insumos para tratamentos em hormonioterapia de pacientes com câncer metastático. Em 2024, a Procuradoria do Estado, em atuação judicial, garantiu o estoque da Fundação Cecon, que se encontrava praticamente zerado em razão de contratado que não entregou o material adquirido (Letrozol), a despeito da emissão a tempo e modo da nota de empenho pela administração indireta.

Essa atuação da Procuradoria do Estado do Amazonas foi uma constante ao tempo da pandemia da COVID-19, em que várias empresas tiveram que regularizar o fornecimento e medicamentos à Central de Medicamentos após decisões de tutela de urgência concedidas pelo Judiciário local.

Na esteira desse entendimento pacificado, houve a determinação de que a empresa contratada, que não cumpriu a entrega a tempo e modo do medicamento Letrozol à FCECON, medicamento previsto na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, para a finalidade do cuidado paliativo, tivesse a sua entrega realizada em 10 (dez) dias, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).¹⁶

4.3 Participação da PGE na câmara de resolução extrajudicial de litígios

Mas a atuação da Procuradoria, como dito anteriormente, também visa à diminuição do tempo de espera ao paciente que necessita de cuidados paliativos, diminuindo a judicialização da saúde que tanto atrapalha a realização das políticas públicas previamente estabelecidas no SUS.

Nesse aspecto, em 2023, foi instalada, mediante termo de cooperação entre a Defensoria Pública, a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas e o Tribunal de Justiça do Amazonas, a Câmara de Resolução Extrajudicial de Litígios de Saúde, que se destina a solucionar questões relacionadas a fornecimento obrigatório de medicamentos e procedimentos padronizados no SUS em fase pré-processual.

Desta feita, as medicações em cuidados paliativos, que estejam listadas na RENAME, e que estejam com estoque escasso no Estado, podem ser fornecidas ao paciente sem que o mesmo precise levar a questão ao judiciário. A Câmara, que funciona fisicamente em prédio da Defensoria Pública do Estado, conta com a participação de representante da Secretaria de Saúde, da Procuradoria do Estado e do Judiciário, permitindo que se encaminhe de forma mais célere a dispensação do medicamento, diminuindo a litigiosidade e o número de condenações do Estado em consectários legais.

Todas essas ações detalhadas da Procuradoria Geral do Estado demonstram o papel significativo na efetivação do direito à saúde, em especial à oferta de cuidados paliativos à população.

16 Vide Processo n. 0480358-56.2024.8.04.0001, em curso na Justiça Comum amazonense.

5. CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana é um valor básico fundamental a todos os direitos humanos, anterior à existência e afirmação desses, que se caracteriza tanto pela garantia negativa de proteção das pessoas e abstenção de condutas de cunho humilhatório e ofensivo ao ser humano em si considerado, como também uma afirmação positiva de desenvolvimento equilibrado dos homens em razão dos direitos a si conferidos.

Nessa seara, os cuidados paliativos demonstram o respeito à dignidade, anterior ao direito à vida na Carta Constitucional de 1988 e, portanto, de observância e defesa obrigatória por parte do Estado. As políticas públicas em cuidados paliativos respeitam esse fundamento da República.

A Procuradoria do Estado do Amazonas, com órgão de assessoria superior e defesa do Estado, assume papel significativo na implementação das políticas públicas de cuidados paliativos, bem como no respeito às diretrizes previamente estabelecidas no Sistema Único de Saúde por meio de atuação precisa perante o Judiciário local.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, A.; CARVALHO, K.; TANURE, C. Direitos do Paciente e Covid-19. In: DADALTO, L. (Org.). **Bioética e Covid-19**. Indaiatuba -SP: Editora Foco, 2020.

DADALTO, L. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolher seu próprio fim. Fortaleza: **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, 2019. p. 1–11.

_____. **testamento vital**. 5. ed. Indaiatuba -SP: Editora Foco, 2020.

FEUERWERKER, Laura C. M. e Merhy, Emerson Elias, “**A contribuição da atenção domiciliar para a configuração de redes substitutivas de saúde: desinstitucionalização e transformação prática**”, Rev Panam Salud Publica/Pan Am J Public Health 24(3), 2008.

GODINHO, A. M. Ortotanásia e Cuidados Paliativos: o correto exercício da prática médica no fim de vida. In: GODINHO, A. M.; LEITE, G. S.; DADALTO, L. (Org.). **Direito e Medicina - A Morte Digna nos Tribunais**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 131–150.

MCCOUGHLAN, M. A necessidade de cuidados paliativos. **Humanização e cuidados paliativos**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 167.

MENEZES, R. **Em Busca da Boa Morte Antropologia dos Cuidados Paliativos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004.

MOLLER, L. L. **Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade**. Curitiba: Juruá, 2007.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. **Derechos Fundamentales Y Garantias Constitucionales**. Tomo 3. Derechos Fundamentales, Sociales, Santiago, CL: Librotecna, 2009.

PRZEWORSKI, A. **Democracia e mercado**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

SCHAEFER, F. A importância da implantação dos cuidados paliativos no Sistema Único de Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, dez. 2020. p. 26–50.

SCHUMPETER, J. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.



Esta publicação foi editada e impressa na
Imprensa Oficial do Estado do Amazonas, em papel
Offset 75g/m² em setembro de 2024.