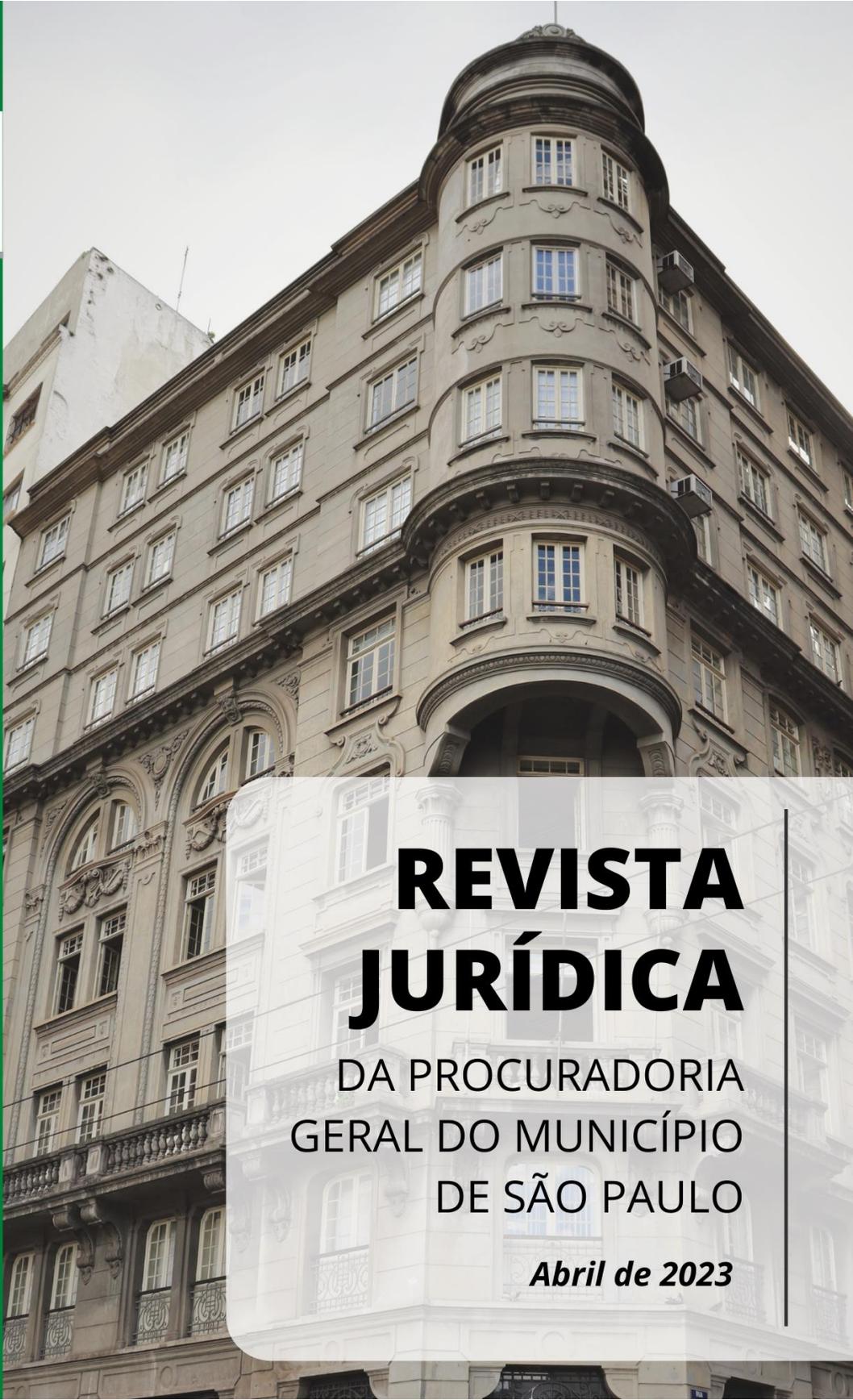


12



REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA
GERAL DO MUNICÍPIO
DE SÃO PAULO

Abril de 2023



cejur
PMH - SP

**REVISTA JURÍDICA DA
PROCURADORIA-GERAL DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO
Procuradoria Geral do Município

PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO
Ricardo Nunes

PROCURADORA GERAL DO
MUNICÍPIO
Marina Magro Beringhs Martinez

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS
JURÍDICOS
Roberto Angotti Júnior

Autor corporativo: CENTRO DE ESTUDOS
JURÍDICOS Lúcia Maria Moraes Ribeiro de
Mendonça - CEJUR
Pátio do Colégio, nº 5
01016-040 São Paulo - SP - Brasil
Telefones: (11) 3116-1655 / 3116-1658
Periodicidade: Bianual

CORPO EDITORIAL

Procuradores: Roberto Angotti Júnior, Vinícius
Gomes dos Santos

Bibliotecária: Beatriz de Oliveira Royer Massonetto

Estagiários: Vinícius Fagundes da Silva, Thaís
Rodrigues Sombra

Capa: Foto Prédio do CEJUR

Arte: André Alves Barreto

Ficha catalográfica

Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo/
Centro de Estudos Jurídicos Lúcia Maria Moraes Ribeiro de
Mendonça CEJUR / Procuradoria Geral do Município de São
Paulo
n. 12, 2023.

Periodicidade: Bianual
ISSN 2175-649X (impresso)

1. Direito – periódicos 2. Direito Público

CDU 34(05)

SUMÁRIO

Legitimação fundiária e legitimação de posse: polêmicas sobre os institutos de regularização fundiária regulados pela Lei nº 13.465/2017	5
Alexandre Levin	
Evolução da regulação do transporte coletivo público de passageiros no município de São Paulo.....	53
Gilmar Pereira Miranda	
A Tutela de Direitos da Personalidade sob a ótica da análise econômica do Direito	91
Carlos Antonio Matos da Silva	
A arbitragem na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos	141
Mauricio Morais Tonin	
Medidas Autossatisfativas (<i>Medidas Autosatisfactivas</i>) no ordenamento jurídico Argentino e sua previsão no Brasil.....	170
Caroline de Camargo Silva Venturelli	
O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública.....	215
Rafael Carvalho Rezende Oliveira	
Coisa julgada sobre questão prejudicial nas relações jurídico-tributárias de trato continuado envolvendo Fisco Municipal e contribuinte	245
Fernanda Donnabella Camano	
O controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais.....	283
Antonio Carlos de Freitas Junior	
Direito, Ideologia e Estado	327
Rafael Medeiros Martins	

Legitimação fundiária e legitimação de posse: polêmicas sobre os institutos de regularização fundiária regulados pela Lei nº 13.465/2017

Land tenure and tenure legitimation: controversies over land regularization institutes regulated by Law No. 13,465 / 2017.

Alexandre Levin¹

RESUMO

O artigo aborda dois dos instrumentos de regularização fundiária previstos na Lei nº 13.465/2017: a legitimação fundiária e a legitimação na posse. As regras que disciplinam os dois institutos são confrontadas com a Constituição Federal e são analisadas tanto no âmbito da Reurb de interesse social (Reurb-S) como no da Reurb de interesse específico (Reurb-E). Apontam-se, também, as diferenças de aplicação dos instrumentos à propriedade pública e à propriedade privada, comparando-os a outros institutos utilizados no processo de regularização fundiária, como a usucapião e a concessão do direito real de uso. A natureza discricionária da outorga da legitimação é especialmente abordada, assim como sua colisão com o princípio da impessoalidade, em face da ausência de requisitos legais objetivos para o seu deferimento. Verifica-se, ainda, se a legitimação fundiária em área pública colide com a regra

¹ Procurador do Município de São Paulo, atualmente exercendo as funções de Assessor Jurídico na Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Licenciamento do Município de São Paulo.

constitucional que impõe prévia licitação para a alienação de bens de propriedade da Administração.

Palavras-chave: Regularização Fundiária; Reurb-S e Reurb-E; Legitimação fundiária; Legitimação de posse.

ABSTRACT

The article addresses two of the instruments of land regularization provided for in Law No. 13,465 / 2017: land ownership legitimation and tenure legitimation. The rules that discipline the two institutes are compared with the Federal Constitution and are analyzed both within the scope of the Reurb of social interest (Reurb-S) and in the Reurb of specific interest (Reurb-E). It is also pointed out the differences in the application of the instruments to public and private property, comparing them to other institutes used in the process of land tenure, such as adverse possession and the granting of the real right of use. The discretionary nature of the granting of legitimation is especially addressed, as well as its collision with the principle of impersonality, given the absence of objective legal requirements for its granting. It is also verified whether the legitimation of land tenure in a public area conflicts with the constitutional rule that requires prior bidding for the sale of assets owned by the Administration.

Keywords: Land Regularization; Reurb-S and Reurb-E; Land tenure; Land tenure.

I. Notas introdutórias

Não há dúvidas de que o déficit habitacional no Brasil é bastante significativo, a exemplo de outros países em processo de desenvolvimento. Referimo-nos não exatamente à falta de moradia, mas sim à falta de moradia digna, compreendida como aquela que fornece as condições mínimas de salubridade, segurança e conforto ao seu titular.

As causas desse problema são diversas: crescimento descontrolado da população urbana durante o século XX; falta de planejamento urbano; políticas habitacionais equivocadas; má distribuição de renda.

Mas não nos aprofundaremos nas causas do problema. Nosso objetivo aqui é abordar os mecanismos jurídicos de que dispõe o Administrador para resolvê-lo ou, ao menos, equacioná-lo.

Aquele que não tem condições de morar dignamente reside, com sua família, em habitações precárias, localizadas em áreas públicas ou particulares, irregularmente ocupadas; é dessa forma que se originam as favelas, os loteamentos clandestinos, os cortiços.

Essas áreas, pelo fato de não existirem formalmente no mapa da cidade, ou seja, no plano diretor municipal ou na lei de zoneamento, muitas vezes não são dotadas dos equipamentos e serviços públicos necessários à garantia de existência digna à população que lá reside.

As carências variam de ocupação para ocupação. Em muitas áreas, não há coleta regular de lixo; em outras, não há distribuição de energia elétrica; em muitos casos o serviço de saneamento básico não é prestado: falta água potável e sobra esgoto sem tratamento; e em vários locais não há acesso ao sistema público de transporte: os veículos não conseguem nem mesmo transitar pelas vias estreitas de algumas ocupações.

Não é essa forma de morar que foi imaginada pelo Constituinte quando alçou o direito à moradia ao status de direito fundamental social do cidadão. O direito à habitação

digna não constava do Texto original da Carta de 1988: foi incluído no rol do art. 6º pela Emenda Constitucional nº 26/2000. Ocorre que a alteração não pretendeu garantir o direito a *qualquer* moradia e sim o acesso à *moradia digna*.

Diante da previsão constitucional, não pode a Administração se omitir quanto ao seu dever de instituir políticas habitacionais, com a finalidade de combater as mazelas que afligem as famílias que não possuem residência regular. Não há como resolver essa grave questão num passe de mágica, mas o problema não pode ser ignorado pelos poderes públicos – há de se reservar recursos orçamentários e esforços administrativos os mais diversos para combatê-lo.

As famílias que residem em loteamentos irregulares, favelas, cortiços, edificações abandonadas não só são privadas de uma vida digna, como também estão sujeitas a remoções decorrentes de medidas judiciais ou administrativas, que as obrigam a procurar outros locais para viver – muitas vezes áreas com infraestrutura ainda mais precária.

As ocupações irregulares em áreas urbanas criam, também, problemas ambientais; muitas delas estão localizadas em áreas de preservação permanente, como mananciais e encostas de morro, por exemplo. Neste último caso, há o risco geológico como gravame adicional: são frequentes os desastres provocados por deslizamento de terras nessas áreas.

O lançamento de esgoto proveniente dessas ocupações nos mananciais – consequência da falta de saneamento básico nessas áreas – é lesivo para toda a coletividade, que se vê prejudicada pela poluição que afeta suas fontes de água potável.

Enfim, o problema não é só dos moradores, que sofrem com a insegurança, a insalubridade e a ausência de serviços públicos essenciais. O prejuízo é de toda a coletividade. Toda a urbe é afetada, de uma forma ou de outra, pela existência de ocupações irregulares. É por essa razão que o legislador pôs à disposição da Administração

Pública diversos instrumentos de regularização fundiária, que devem ser utilizados para a defesa do direito à moradia digna.

II. Vantagens do processo de regularização fundiária em relação a outras políticas habitacionais

É certo que há outras políticas habitacionais que podem ser implementadas no combate ao déficit habitacional. Não se nega aqui a importância da construção de habitações populares e de programas de incentivo à aquisição de residência própria pelas camadas mais desfavorecidas da população, por meio de crédito subsidiado. Com essa finalidade foram editados diplomas legais como a Lei nº 11.977/2009 (*Programa Minha Casa, Minha Vida*), que cria mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais para famílias de baixa renda (art. 1º).² Esse tipo de programa é executado a partir da construção de conjuntos habitacionais – verticais ou horizontais – em determinadas áreas do Município e pressupõe, no mais das vezes, o deslocamento da população residente em áreas irregulares para neles se instalar.

Ocorre que, em muitos casos, em razão do elevado preço da terra urbana em regiões mais centrais da cidade, esses conjuntos são instalados em áreas periféricas, que não são dotadas de infraestrutura urbana qualificada e não são desenvolvidas economicamente. Os novos moradores desses novos *bairros* são afetados, dessa forma, por dificuldades de deslocamento e de acesso aos seus postos de trabalho, a equipamentos de saúde e a unidades educacionais. É fácil constatar os novos problemas que surgem para quem reside em áreas centrais das cidades – em situação precária, mas com rápido acesso a locais de trabalho e a sistemas de

² A Lei nº 11.977/2009 foi editada com base no art. 21, inc. XX, da Constituição Federal, que prevê a competência da União para *instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos*.

transporte público –, e passa a morar em bairros periféricos; a estrutura da casa em que vive melhora, mas o seu cotidiano pode ser seriamente afetado. O emprego, a escola e o posto de saúde ficam distantes da sua nova morada.³

Os instrumentos de regularização fundiária têm a vantagem de viabilizar o direito à moradia digna sem os inconvenientes apontados. Os *núcleos urbanos informais*⁴ são incorporados ao *mapa oficial da cidade* sem a necessidade de remover os seus ocupantes para outras áreas da cidade. Os moradores recebem a titulação do imóvel e passam a ter a garantia de que não serão dele retirados; podem, enfim, permanecer na região em que vivem, que é, com frequência, próxima do seu trabalho e das escolas em que seus filhos estudam.

III. Regularização fundiária como diretriz de política urbana

É por essa razão que o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001): a) prescreve como uma das diretrizes da

³ O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) prevê, como diretriz da política urbana, o *planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente* (art. 2º, inc. IV). A concentração da atividade econômica em regiões específicas da urbe gera, como já tivemos a oportunidade de afirmar, graves problemas no deslocamento da população trabalhadora proveniente dos bairros periféricos (as chamadas ‘cidades-dormitório’) até as áreas urbanas em que há oferta de emprego. O objetivo do Estatuto da Cidade é *aproximar o local de moradia do local de trabalho, a fim de minorar os problemas de circulação que atingem as grandes e médias cidades brasileiras* (LEVIN, Alexandre. Autonomia do Direito Urbanístico e seus princípios fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 09-38, jan./jul. 2016).

⁴ A Lei Federal nº 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, define *núcleo urbano informal, como aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização* (art. 11, inc. II).

política urbana a “regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda” (art. 2º, inc. XIV); b) prevê, dentre os instrumentos jurídicos e políticos de política urbana, a “regularização fundiária e a demarcação urbanística para fins de regularização fundiária” (art. 4º, inc. V, *q* e *ñ*); c) indica que o direito de preempção pode ser exercido pelo poder público para adquirir imóveis destinados à regularização fundiária (art. 26, inc. I); d) preceitua que a transferência do direito de construir (transferência do potencial construtivo) pode ser utilizada para viabilizar “programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social” (art. 35, inc. III);⁵ e) determina que

o plano diretor dos Municípios incluídos no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto,

⁵ O proprietário de imóvel urbano utilizado em processos de regularização fundiária pode transferir para outro imóvel de sua propriedade – ou vender – o potencial construtivo que deixou de ser utilizado em função da aplicação do seu imóvel ao programa social (Lei nº 10.257/2001, art. 35). Imagine que a Administração municipal pretenda regularizar a situação fundiária de um terreno particular ocupado por população de baixa renda; o objetivo do poder público é fazer com que os ocupantes permaneçam no imóvel, mas, em muitos casos, não há recursos orçamentários para desapropriá-lo, ou seja, não há como a Administração adquirir a propriedade do seu titular, para posteriormente destiná-lo ao programa habitacional. Nesses casos, o proprietário pode ser ressarcido com a transferência do potencial construtivo que deixou de utilizar para outro terreno de sua propriedade, ou vendê-lo a agentes imobiliários que pretendam utilizá-lo para aumentar a área edificável – e o lucro – dos seus empreendimentos, sem a obrigação de pagar pela outorga do potencial. Assim, torna-se possível realizar o programa de regularização fundiária, *sem a necessidade de expropriação da área em que se situa a ocupação*. (LEVIN, Alexandre. Instrumentos jurídicos de concertação público-privada para fins de urbanização. In: CAMMAROSANO, Flávia; ESTEFAM, Felipe Faiwchow (organizadores). **Direito Público em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 64). A transferência do direito de construir é um dos instrumentos de regularização fundiária indicados na Lei Federal nº 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana (art. 15, inc. VIII).

inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos deverá conter diretrizes para a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares, se houver (...), e previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, onde o uso habitacional for permitido (art. 42-A, inc. V);

f) faculta ao poder público utilizar o consórcio imobiliário como instrumento do processo de regularização fundiária (art. 46).⁶

Nota-se a importância que o Estatuto da Cidade conferiu à regularização fundiária, alçando-a a um patamar relevante no conjunto dos instrumentos urbanísticos. Promovida à categoria de princípio jurídico da política urbana (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. XIV), o instrumento passa a ser de aplicação obrigatória pelo poder público, especialmente no âmbito municipal, já que o Município é o principal

⁶ O Plano de regularização é viabilizado, nesse caso, por meio da transferência pelo proprietário ao poder público municipal do imóvel a ser utilizado no projeto de regularização/reurbanização; tal transferência é paga, posteriormente, por meio do recebimento de parcela das unidades resultantes do projeto pelo particular consorciado (Lei nº 10.257/2001, art. 46, §1º). Dessa forma, não há dispêndio de recursos públicos no processo de desapropriação: o imóvel é transferido voluntariamente ao Município e o pagamento é realizado somente após a conclusão das obras, mediante a entrega de unidades imobiliárias devidamente urbanizadas. (LEVIN, Alexandre. Instrumentos jurídicos de concertação público-privada para fins de urbanização. In: CAMMAROSANO, Flávia; ESTEFAM, Felipe Faiwichow (organizadores). **Direito Público em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 67). O consórcio imobiliário é um dos instrumentos de regularização fundiária indicados na Lei Federal nº 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana (art. 15, inc. V).

executor da política urbana.⁷ A efetivação do instituto deve ser garantida por meio de dotações orçamentárias e os processos devem ser iniciados de acordo com a disponibilidade financeira da Urbe. É claro que, frente a outras inúmeras demandas das administrações municipais e às limitações fiscais que as atingem, não é tarefa simples destinar todos os recursos necessários a regularizar e urbanizar, de uma só vez, as inúmeras ocupações irregulares presentes nos médios e grandes municípios brasileiros. O que se afirma é que não há como os Poderes Executivos e Legislativos locais ignorarem o dever de aplicar o instrumento na medida de suas capacidades financeiras, diante das previsões constitucionais e legais sobre a matéria.⁸

⁷ Constituição Federal, art. 182, *caput*.

⁸ Edésio Fernandes afirma que *hoje não se pode mais falar de regularização fundiária tão-somente como sendo algo que se encontra no âmbito da ação discricionária do poder público, que a faz quando quer, de acordo com os critérios que acha que deve seguir, quando for pressionado pela população ou quando tiver compromissos políticos com a população*. Ainda de acordo com o autor, há no Brasil um *direito subjetivo do ocupante à regularização, em condições especificadas na lei, e isso mesmo contra a vontade do poder público*. (FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (organizadores). **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16). De fato, conforme a legislação que disciplina a regularização fundiária no Brasil, há situações que criam direito subjetivo do ocupante à regularização – nesses casos, a outorga é ato administrativo vinculado –, mas existem outras que conferem ao administrador competência discricionária para outorgar ou não o direito aos moradores. Exemplo de lei que confere direito subjetivo aos ocupantes – passível de ser exigido judicialmente por meio de mandado de segurança – é a Medida Provisória nº 2.220/2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição. O morador – ou conjunto de moradores, já que há previsão de outorga coletiva (art. 2º) –, desde que cumpra os requisitos objetivamente previstos na lei (arts. 1º e 2º), adquire o direito subjetivo à concessão. Em outros casos, a outorga da concessão obedece a critérios de conveniência e oportunidade da Administração, como na hipótese prevista no art. 7º do Decreto-Lei nº 271/1967, que disponibiliza ao poder público instituir a concessão de direito real de uso (CDRU), mas não cria direito subjetivo à outorga. Sobre a questão, José Carlos de Freitas afirma que *a regularização fundiária – embora desejada em muitos casos, justificada e tida como necessária pelas mais diversas razões – não deve ser considerada automática*

IV. Regularização fundiária em áreas públicas

A previsão de instrumentos jurídicos de regularização ajuda a resolver outro sério problema enfrentado pela administração pública de todos os níveis da Federação. Em muitas ocasiões – arrisco-me a afirmar que na maior parte delas –, os imóveis ocupados irregularmente pertencem ao poder público. Caso não existisse a possibilidade de regularização de áreas públicas, por meio da concessão do seu uso aos ocupantes, o Estado seria obrigado a remover – administrativa ou judicialmente – as famílias do imóvel ocupado. Afinal, o imóvel é público, e não pode ser utilizado privativamente sem autorização específica. A remoção dos moradores agravaria a questão habitacional no Município, que, no mais das vezes, não possui recursos para o reassentamento dessa população.

Perceba, nesse sentido, que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que veda a usucapião de imóveis públicos (art. 183, §3º; e art. 191, parágrafo único),⁹ prevê a

nem dissociada dos princípios afetos ao planejamento urbano (FREITAS, José Carlos. Responsabilidade pela implementação da infraestrutura essencial nas espécies de REURB e responsabilidade administrativa, civil e criminal dos formadores de núcleo urbano informal. In: LEITE, Luis Felipe Tegen Cerqueira; e MENCIO, Mariana. **Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da Lei 13.465/2017**. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019, p. 116). Isto é, há casos em que outras medidas atendem mais satisfatoriamente ao interesse coletivo; é a discricionariedade do Administrador – sempre motivada – que vai definir a melhor oportunidade para efetivar o processo de regularização.

⁹ O Código Civil também contém norma nesse sentido: *os bens públicos não estão sujeitos a usucapião* (art. 102). Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica essa opção do Constituinte de 1988; nas palavras da autora, *essa proibição constitui um retrocesso, por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade*. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 823). Há quem defenda, como Sílvio Luís Ferreira da Rocha, a possibilidade jurídica da usucapião sobre bens públicos dominicais. Segundo o autor, o

possibilidade de outorgar a concessão de uso aos ocupantes de imóveis públicos (art. 183, §§ 1º e 2º). É este último dispositivo constitucional que dá fundamento à Medida Provisória nº 2.220/2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM). Já que a titularidade do imóvel público não pode ser transferida aos seus ocupantes, em razão de sua imprescritibilidade, o ordenamento jurídico cria a hipótese de conceder o seu *uso*. Não há transferência de propriedade e sim de um dos poderes do proprietário – o poder de usar o imóvel, nesse caso, para fins de moradia. A outorga da concessão é realizada por meio de um contrato administrativo de concessão de uso de bem público, que, por motivos óbvios, dispensa licitação (Lei nº 8.666/93, art. 17, inc. I, *ff*). Afinal, não há como um morador de baixa renda vencer o certame licitatório para a outorga de uso privativo de bens públicos.

Constata-se, portanto, que a regularização fundiária e seus instrumentos foram objeto de previsão pelo Estatuto da Cidade e pela Constituição Federal. Faltava, entretanto, um diploma legal que reunisse, em um só texto, disposições gerais sobre o tema, já que a questão era tratada em

princípio da função social da propriedade comporta o efeito de submeter esses bens à *força aquisitiva da posse contínua e pacífica, não bastando para impedir esse efeito uma proposição genérica que subtrai os bens públicos do raio de ação da prescrição aquisitiva* (o autor se refere aos dispositivos constitucionais que vedam a usucapião de bem público). (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153). Com a devida vênia, parece-nos que a Constituição Federal não faz distinção entre as espécies de bens públicos – bens de uso comum, bens de uso especial e bens dominicais (Código Civil, art. 99, incisos I a III) – no que toca à sua imprescritibilidade: a aquisição por usucapião é vedada independentemente da afetação do bem a uma finalidade pública. O dispositivo que prevê a concessão de uso (CF, art. 183, §1º) reforça essa afirmativa: o Constituinte vedou a usucapião de imóveis públicos, mas previu que a regularização fundiária desses bens pode ser realizada mediante concessão. Nesse sentido, a concessão de uso de bens públicos substitui a usucapião como instrumento de regularização fundiária em áreas públicas.

diplomas esparsos, editados para reger situações específicas.¹⁰

V. Modalidades de regularização fundiária na Lei nº 13.465/2017

Por essa razão, a Lei nº 11.977/2009 (*Programa Minha Casa Minha Vida*) reservou um capítulo para tratar exclusivamente da regularização fundiária de assentamentos urbanos (Capítulo III, arts. 46 a 71), a prescrever regras gerais, aplicáveis em processos de regularização em todo o território nacional. No entanto, esses dispositivos foram revogados pela Lei nº 13.465/2017, que passou a disciplinar a matéria no seu Título II (arts. 9º a 54).

Ocorre que a Lei nº 11.977/2009 não se limitou a prever a regularização fundiária de interesse social, realizada em assentamentos ocupados por população de baixa renda (art. 47, inc. VII). Previu, também, a regularização fundiária de interesse específico, para os casos em que não estivesse caracterizado o interesse social (art. 47, inc. VII).

E a Lei nº 13.465/2017 manteve a previsão das duas modalidades:

¹⁰ Por exemplo, o Decreto-lei nº 271/1967, que institui *a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas* (art. 7º); a MP nº 2.220/2001, que institui a concessão de uso especial para fins de moradia; a Lei nº 6.383/1976, que prevê a legitimação de posse de áreas públicas (art. 29); a Lei nº 11.952/2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações em terras da União situadas na Amazônia Legal; e a Lei nº 9.636/1998, que *dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União* e prevê a cessão de imóveis da União para fins de interesse social (art. 18), dentre outros diplomas.

I - Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal; e II - Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo (art. 13).

Ou seja, a finalidade da regularização fundiária não é somente garantir moradia digna e segurança de posse à população de baixa renda. O objetivo é mais amplo: todos os núcleos urbanos informais¹¹ devem ser regularizados, atendidos os limites indicados na lei, independentemente do nível socioeconômico da população ocupante.¹² Afinal, a existência de ocupações irregulares prejudica a ordenação urbanística e, em muitos casos, gera danos ao meio ambiente natural, sejam elas formadas por famílias de alta ou de baixa renda.

É claro que há diferenças fundamentais entre a Reurb-S e a Reurb-E. A isenção de custas e emolumentos referente a atos registrares vale apenas para a Reurb-S (Lei nº 13.465/2017, art. 13, §1º);¹³ ao passo que na Reurb-E, se

¹¹ A lei define *núcleo urbano informal* como *aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização* (Lei nº 13.465/2017, art. 11, inc. II). Note que a definição não abrange apenas o núcleo urbano de baixa renda.

¹² A lei define *ocupante* como *aquele que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais* (Lei nº 13.465/2017, art. 11, inc. VIII). Note que a definição não abrange apenas o morador de baixa renda.

¹³ O dispositivo constante do art. 13, §1º, da Lei nº 13.465/2017 padece, a nosso ver, de inconstitucionalidade, já que cria uma isenção heterônoma, que é expressamente vedada pela Constituição Federal (art. 151, inc. III). Com

promovida sobre bem público, a aquisição de direito real pelo particular ocupante pode ficar condicionada ao pagamento do justo valor da unidade imobiliária regularizada (art. 16).

Mas há semelhanças também: tanto no processo da Reurb-S quanto no da Reurb-E, “os Municípios poderão dispensar as exigências relativas ao percentual e às dimensões de áreas destinadas ao uso público ou ao tamanho dos lotes regularizados, assim como a outros parâmetros urbanísticos e edilícios.”¹⁴ Também há similaridades quanto à regularização de núcleos urbanos informais situados, “total ou parcialmente, em área de preservação permanente ou em área de unidade de conservação de uso sustentável ou de proteção de mananciais definidas pela União, Estados ou Municípios.” Nessas hipóteses, a Reurb deve observar o disposto nos arts. 64 e 65 do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), que exigem estudos técnicos que demonstrem que a adoção das medidas preconizadas no projeto de regularização fundiária melhorará as condições ambientais da área, em relação à

efeito, o STF já firmou entendimento acerca da natureza tributária (taxa) dos emolumentos extrajudiciais (Adin 1378/ES); portanto, visto que se trata de tributo – e de competência estadual, conforme Lei nº 10.169/2000 –, não poderia lei federal criar a isenção. Sobre a questão, Carlos Humberto Francisco de Souza ressalta que, *não bastasse a violação da lei federal ao instituir isenções da competência dos Estados, a Lei nº 13.465/2017 agravou esse quadro ao direcionar ao poder público municipal a competência para fixar o valor da baixa renda, que será mais ou menos restrito ao sabor do poder local, o que, em última instância, repercutirá na arrecadação dos emolumentos* (SOUZA, Carlos Humberto Francisco. A legitimação fundiária no regime da Lei Federal nº 13.465/2017. In: MOTA, Maurício Jorge Pereira; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo; MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Direito à moradia e regularização fundiária**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 203-204). Deveras, a Lei Federal de Regularização Fundiária prevê que a Reurb de Interesse Social (Reurb-S) é aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, *assim declarados em ato do Poder Executivo municipal*, ou seja, é a Administração Municipal que estipula o valor enquadrável como *baixa renda*, a gerar, consequentemente, a isenção do pagamento das custas e emolumentos registrários.

¹⁴ Lei nº 13.465/2017, art. 11, §1º.

situação anterior. Ou seja, pode ser permitida a regularização fundiária em APPs ou UCs de uso sustentável (Lei nº 9.985/2000, art. 7º, inc. II e §2º c/c art. 14), desde que se comprove que não-regularizar é pior para o meio ambiente. A rigor, os ocupantes de áreas de preservação ambiental ou de mananciais devem ser daí retirados, visto que a Lei nº 12.651/2012 proíbe sua utilização, ainda que para fins de moradia (art. 3º, inc. II c/c art. 7º). Entretanto, na maior parte dos casos, não há como remover um considerável contingente populacional de uma região para outra da cidade sem graves consequências econômicas e sociais, razão pela qual a legislação ambiental permite, atendidas determinadas condições, a regularização urbanística dessas áreas, seja a Reurb-S ou a Reurb-E.

VI. Aplicação da Reurb em áreas rurais

As disposições da Lei nº 13.465/2017 são aplicáveis aos imóveis localizados em área rural, “desde que a unidade imobiliária tenha área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868/1972” (art. 11, § 6º). Essa lei federal cria o Sistema Nacional de Cadastro Rural e prevê, no seu art. 8º, frações mínimas de parcelamento do imóvel rural, ou seja, a menor área que um imóvel rural pode ter após o seu desmembramento, num dado município. A finalidade da lei é evitar o *minifúndio*, definido pelo Estatuto da Terra como “o imóvel rural de área e possibilidades inferiores às da propriedade familiar” (Lei nº 4.504/1964, art. 4º, inc. IV).¹⁵ Um imóvel rural com tamanho inferior à sua fração mínima de parcelamento não é capaz de garantir a subsistência do seu proprietário, isto é, não é viável para a exploração da atividade agrícola. É claro que a viabilidade econômica do imóvel rural depende do Município e da região do país em que se encontra – nas capitais dos Estados, por

¹⁵ O Estatuto da Terra determina que *o imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural* (art. 65).

exemplo, o tamanho mínimo do imóvel, para fins de garantir sua viabilidade econômica, é maior do que o de imóveis situados em áreas mais afastadas dos grandes centros.¹⁶

Enfim, o imóvel rural somente pode ser objeto de Reurb se tiver uma área total inferior à sua fração mínima de parcelamento, isto é, se tiver um tamanho inferior ao mínimo permitido para os imóveis situados em área rural. Nesse caso, o Município pode realizar o processo de regularização fundiária. Caso contrário, a regularização deverá ser realizada pela Administração Pública Federal, com base em legislação própria, como é o caso da Lei nº 11.952/2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal.

Mas há outros requisitos para que a Reurb seja aplicada a imóveis rurais. Os assentamentos devem ter natureza urbana, isto é, devem estar organizados em lotes e quadras, com densidade populacional e com presença de usos tipicamente urbanos – usos comerciais, industriais, residenciais e de serviços. Além disso, caso o Município decida pela regularização, será “necessário alterar o plano diretor, para ampliar o perímetro urbano, de modo a incluir o assentamento em uma zona de expansão urbana ou de urbanização específica.”¹⁷

¹⁶ Nesse sentido, a Lei Federal de Regularização Fundiária define núcleo urbano como *o assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural* (Lei nº 13.465/2017, art. 11, i nc. I).

¹⁷ São requisitos indicados por Victor Carvalho Pinto. Sobre a aplicação da Reurb a imóveis situados em zonas rurais, aduz o autor que *caracterizada a natureza urbana do assentamento, cabe ao município decidir, com base no princípio da eficiência na ocupação do solo, sobre a conveniência e a oportunidade da regularização, de modo a se evitar o espraiamento indiscriminado do tecido urbano e a consequente insustentabilidade econômica da prestação de serviços públicos. Uma vez tomada a decisão de regularizar determinada ocupação, faz-se necessário alterar o plano diretor, para ampliar o perímetro urbano, de modo a incluir o assentamento em uma*

VII. Instrumentos da Reurb

O art. 15 da Lei Federal de Regularização Fundiária (Lei nº 13.465/2017) lista uma série de instrumentos jurídicos utilizáveis nos processos de regularização fundiária. O rol não é exaustivo, já que a norma prevê que os institutos indicados podem ser empregados no âmbito da Reurb, “*sem prejuízo de outros que se apresentem adequados*”(art. 15, *caput*).

Dentre os instrumentos, alguns estão também previstos no Código Civil – a usucapião (arts. 1.238 a 1.244), a desapropriação judicial em favor dos possuidores (arts. 1.228, §§ 4º e 5º), e a arrecadação de bem vago (art. 1.276). Outros são regulados pelo Estatuto da Cidade – a usucapião especial de imóvel urbano (Lei nº 10.257/2001, arts. 9º a 14 e CF, art. 183), o consórcio imobiliário (art. 46), o direito de preempção (art. 26, inc. I) e a transferência do direito de construir (art. 35, inc. III). Estão previstos, ainda, a vetusta desapropriação por interesse social (Lei nº 4.132/62, art. 2º, inc. IV) e a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular (Lei nº 6.766/79, art. 40).

Neste estudo, abordaremos especificamente dois dos instrumentos jurídicos de REURB, previstos na Lei nº 13.465/2017: a legitimação fundiária e a legitimação de posse (art. 15, inc. I).

VIII. Legitimação fundiária na Lei nº 13.465/2017

A Lei nº 13.465/2017 define a legitimação fundiária como um mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade

zona de expansão urbana ou de urbanização específica (PINTO, Victor Carvalho. Regularização de assentamentos urbanos em zona rural: o princípio da eficiência na ocupação do solo como critério de conveniência e oportunidade. In: LEITE, Luis Felipe Tegon Cerqueira; e MENCIO, Mariana. **Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da Lei 13.465/2017**. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019, p. 162-163).

imobiliária objeto da Reurb (art. 11, inc. VII). A definição se repete no art. 23, caput, do diploma federal: o dispositivo prevê que a legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb.

A lei federal prevê, ainda, que a legitimação fundiária pode ser conferida àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016 (art. 23, caput).

Criou-se, portanto, uma nova forma originária de aquisição da propriedade, em que o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem (Lei nº 13.465/2017, art. 23, §2º). A aquisição do direito real de propriedade é considerada originária naquelas hipóteses em que inexistente qualquer relação entre o proprietário anterior e o novo¹⁸ e, por isso, as restrições sofridas pelo antigo titular (por exemplo, uma servidão, uma hipoteca) não oneram o novo proprietário. A Lei de Regularização Fundiária determina que eventuais ônus existentes sobre o imóvel são transmissíveis apenas quando disserem respeito ao próprio legitimado (art. 23, §2º, parte

¹⁸ Conceito formulado por Arnaldo Wald. O autor indica como modos de aquisição originária: a usucapião, a ocupação (CC, art. 1.263) e a acessão (CC, art. 1.248 a 1.259). O bem adquirido pode ter sido de outrem, mas o novo titular adquire o seu direito sem que este decorra do antigo proprietário. O direito surge sem dependência com qualquer relação anterior e, por isso, *não sofre limitações impostas aos antecessores do proprietário* (WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito das coisas**, vol. 4. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179). Na aquisição da propriedade na forma originária, lembra Nelson Rosenvald, não incidem impostos de transferência, como o ITBI e o ITCMD, o que facilita o processo de regularização. (ROSENVALD, Nelson. **A legitimação fundiária – uma polêmica inovação**. Disponível em <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/12/20/A-Legitima%C3%A7%C3%A3o-fundi%C3%A1ria-%E2%80%93-uma-pol%C3%AAmica-inova%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 21.7.2020).

final). É o caso, por exemplo, do possuidor que suprime vegetação situada em área de preservação permanente no imóvel objeto de legitimação fundiária. Ele adquire a propriedade, ou seja, deixa de ser possuidor e passa a ser proprietário do imóvel, mas a obrigação de recompor a vegetação desmatada permanece, já que foi ele, como possuidor, que cometeu a irregularidade (Lei nº 12.651/2012, art. 7º, §1º). Trata-se, nesse caso, de uma obrigação propter rem.¹⁹

IX. Legitimação fundiária e usucapião

Comparar a legitimação fundiária com a usucapião, diante da dicção da Lei nº 13.465/2017, é inevitável. A usucapião é sempre lembrada pela doutrina como modo originário de aquisição da propriedade,²⁰ que se dá a partir do exercício da posse sobre determinado bem durante um determinado lapso temporal. Há diferentes espécies de usucapião no direito brasileiro, como a usucapião extraordinária (Código Civil, art. 1.238), a usucapião ordinária (CC, art. 1.242) e a usucapião especial (Constituição Federal, art. 183; CC, art. 1.240; Estatuto da Cidade, arts. 9º a 14), todas elas indicadas como instrumento jurídico de regularização fundiária urbana pela Lei nº 13.465/2017 (art. 15, inc. II).

Mas as semelhanças param por aí.

A Lei nº 13.465/2017 não cria direito subjetivo à outorga da legitimação fundiária; na usucapião, ao contrário, o possuidor adquire a propriedade se cumprir determinados requisitos objetivos previstos em lei. O Estatuto da Cidade, por exemplo, prevê que

¹⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 17ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 864/865.

²⁰ Nos dizeres de Washington de Barros Monteiro, para o usucapiante a propriedade surge como direito novo, *independentemente da existência de qualquer vinculação com seu predecessor, que, se por acaso existir, não será o transmitente da coisa* (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v.3:** direito das coisas. 37ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121).

aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (Lei nº 10.257/2001, art. 9º, *caput*).

Nesse caso, não há opção discricionária do poder público: se o possuidor cumprir os pressupostos legais, adquirirá a propriedade do imóvel. A usucapião pode ser reconhecida judicial (Lei nº 10.257/2001, art. 9º, §§ 2º e 3º; CPC, art. 246, §3º, art. 259, dentre outros) ou extrajudicialmente (Lei nº 6.015/73, art. 216-A), mas a sentença judicial ou o ato registral são meramente declaratórios de um direito subjetivo do possuidor. Caso o magistrado ou o oficial de registro de imóveis reconheça a presença de todos os requisitos legais, o usucapiente passará a ter o domínio do bem.

Por sua vez, a legitimação fundiária, da forma como prevista na Lei nº 13.465/2017, é ato decorrente do exercício da competência discricionária da Administração, ou seja, o poder público pode utilizar o instrumento, dentre outros cabíveis, para levar a cabo o processo de regularização fundiária. Decidirá por sua aplicação com base em critérios de oportunidade e conveniência, isto é, diante das circunstâncias do caso concreto, o Município – ente federativo competente para classificar as modalidades da Reurb, caso a caso (Lei nº 13.465/2017, art. 30) e para instaurar o processo de regularização (art. 32) – escolherá a legitimação fundiária como o instrumento aplicável para regularizar a unidade imobiliária com destinação urbana, desde que o imóvel seja integrante de núcleo urbano

informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.²¹

Nesse diapasão, a Lei nº 13.465/2017 preceitua que na Reurb-S de imóveis públicos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as suas entidades vinculadas, “quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária” (art. 23, §4º). Nesses casos, a União e os Estados poderão requerer ao Município a Reurb em imóveis de sua propriedade (art. 30, §1º), mas não há direito subjetivo à outorga.

Note, portanto, que a legitimação fundiária apresenta diferença essencial em relação à usucapião. A aquisição da propriedade se dá por liberalidade do poder público – não se trata de prescrição dominial.

Aliás, a Lei de Regularização Fundiária prevê que a legitimação fundiária é aplicável tanto a área pública como a imóvel privado. Assim, não há como afirmar que se trata de instituto similar à usucapião, já que esta não pode ser utilizada como meio de aquisição de imóveis públicos (CF, art. 183, §3º, e art. 191, parágrafo único; CC, art. 102).

A lei determina que a legitimação fundiária poderá ser conferida àquele que *detiver em área pública* ou *possuir em área privada*, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana (art. 23, *caput*). Perceba que o dispositivo legal se refere à *detenção* de área pública, que se diferencia da posse

²¹ A Lei nº13.465/2017 define núcleo urbano informal consolidado como *aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município* (art. 11, inc. III). A data indicada corresponde ao dia em que foi editada a Medida Provisória nº 759 (22.12.2016), convertida posteriormente na Lei nº 13.465/2017. A fixação da data limite para reconhecimento da existência do núcleo urbano informal consolidado visa desestimular invasões de áreas públicas ou privadas, que poderiam se intensificar em face da previsão do instituto da legitimação fundiária.

justamente porque o bem detido não é suscetível de apropriação (coisa pública).²² O interessado não possui o imóvel público, mas sim o detém, e sabe que não adquirirá o seu domínio, dada a imprescritibilidade do bem. A redação legal visa afastar eventual alegação de inconstitucionalidade, a deixar claro que a legitimação fundiária não se confunde com a usucapião e que sua previsão não contraria, portanto, a regra constitucional da inusucapibilidade de bens públicos.

X. Inconstitucionalidade do dispositivo da Lei nº 13.465/2017 que prevê a legitimação fundiária

O art. 23 da Lei nº 13.465/2017 teve a sua constitucionalidade questionada pela Adin 5.787/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores contra diversos preceitos da Lei nº 13.465/2017. Na petição inicial, o autor alega que o instituto da legitimação fundiária é incompatível com o sistema constitucional de proteção da propriedade, e que admiti-lo em relação a áreas públicas contraria a regra constitucional que veda a usucapião de bens públicos (CF, art. 183, §3º, e 191, parágrafo único). A inconstitucionalidade adviria da ausência de critérios para a outorga da legitimação: a norma não estipula lapso temporal mínimo para caracterizar a área como núcleo urbano informal consolidado, tampouco define o tamanho de cada área a ser alienada.²³ A legitimação fundiária funcionaria, assim, como

²² Conforme lição de Arnaldo Wald, o direito brasileiro nega a existência da posse, reconhecendo simples detenção nos casos em que os poderes inerentes ao domínio são exercidos: 1) *em nome alheio ou segundo instruções de outrem* (CC, art. 1.198); 2) *sem vontade do titular, tratando-se de simples contato material*; 3) *sobre coisas insuscetíveis de apropriação* (v.g. *coisa pública*). (WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito das coisas**, vol. 4. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64).

²³ A Procuradoria-Geral da República proferiu, em 13.9.2019, parecer favorável à declaração de inconstitucionalidade do art. 23 da Lei nº 13.465/2017, nos autos da Adin 5.787/DF-STF. Disponível em

uma burla à regra constitucional da imprescritibilidade dos bens públicos.

Com a devida vênia, parece-nos que o art. 23 da Lei nº 13.465/2017 não é integralmente inconstitucional – a inconstitucionalidade não reside, para nós, na eventual contrariedade ao art. 183 da Carta, já que, como visto, a legitimação fundiária não se confunde com a usucapião e nem com outros instrumentos de regularização fundiária aplicáveis a bens públicos, como a concessão de direito real de uso para fins de moradia (CF, art. 183, §1º; MP nº 2.220/2001; Lei 13.465/2017, art. 15, inc. XII; e CC, art. 1.225, inc. XI).

O detentor de imóvel público, como dito, não tem direito subjetivo a adquirir a propriedade do bem por meio da legitimação fundiária; trata-se de opção discricionária da Administração realizar ou não a Reurb.

A situação é outra nos casos em que o ocupante de área pública adquire o direito à outorga da concessão de uso para fins de moradia, por ter cumprido os requisitos previstos no art. 1º da MP nº 2.220/2001. Aquele que possuiu como seu, até 22.12.2016,²⁴ por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250m² (duzentos e cinquenta metros) de imóvel público situado em área com características e finalidades urbanas, para fins de moradia, tem o direito à concessão de uso especial, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural. Nesse caso, o ocupante tem direito líquido e certo à concessão, amparável por mandado de segurança. Cumpridos os requisitos objetivamente previstos em lei, a Administração

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341137598&ext=.pdf>. Acesso em 20.7.2020.

²⁴ Data de edição da Medida Provisória nº 759 (22.12.2016), convertida posteriormente na Lei nº 13.465/2017. Anteriormente, o prazo de 5 anos de ocupação ininterrupta deveria estar completo até 30.6.2001, para que o ocupante tivesse direito à outorga da concessão. A data limite foi ampliada até 22.12.2016 pela Lei nº 13.465/2017.

não pode indeferir o pedido de outorga da concessão, sob pena do direito ser obtido pela via judicial (MP nº 2.220/2001, art. 6º). Caso a posse seja exercida em bem de uso comum do povo ou em área de preservação ambiental, o Poder Público poderá assegurar a concessão em outro local, mas ela deve ser outorgada de qualquer forma (MP nº 2.220/2001, art.

Ora, a concessão de direito real de uso para fins de moradia também é prevista como instrumento de Reurb pela Lei nº 13.465/2017 (art. 15, inc. XII). Assim, os legitimados para requerer a regularização fundiária (Lei nº 13.465/2017, art. 14) podem solicitar a abertura do processo administrativo com vistas ao reconhecimento do direito à concessão de uso especial para fins de moradia, com fulcro na MP nº 2.220/2001, caso os requisitos legais tenham sido preenchidos. Nessas hipóteses, diferentemente do que ocorre na legitimação fundiária, os ocupantes não adquirem a propriedade da área pública, mas tão somente o direito ao seu uso para fins de moradia, transmissível *inter vivos* ou *causa mortis* (MP nº 2.220/2001, art. 7º). O direito à concessão de uso é extinto se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia, ou se adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel (MP nº 2.220/2001, art. 8º). Já a legitimação fundiária, uma vez conferida ao possuidor de área privada ou ao detentor de área pública, não pode mais lhe ser retirada.

Por tudo isso, cabe afirmar que a legitimação fundiária não se confunde com a usucapião de área privada e nem com a concessão de uso para fins de moradia de imóveis públicos (CUEM). São todos instrumentos de regularização fundiária colocados à disposição do Poder Público, mas utilizáveis em diferentes situações. A legitimação fundiária é ato expedido no exercício da competência discricionária da Administração, enquanto que a outorga da CUEM em imóveis públicos ou o reconhecimento da aquisição da propriedade de imóveis

privados pela usucapião²⁵ é exercício de competência vinculada. Nestes últimos casos, o Poder Público não tem opção: cumpridos os requisitos previstos em lei, o direito do possuidor há de ser reconhecido.

Vale lembrar que, alternativamente à legitimação fundiária, a Administração Pública pode outorgar a concessão de direito real de uso (CDRU), instrumento de regularização fundiária por meio do qual a Administração concede o uso de área pública

para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas (Decreto-lei nº 271/1967, art. 7º, e Lei nº 13.465/2017, art. 15, inc. XIII).

A decisão de outorgar a CDRU também é discricionária, mas não há transferência de propriedade, apenas o uso do imóvel público é concedido.

Não há, portanto, contrariedade aos dispositivos constitucionais que vedam à usucapião de bens públicos (CF, arts. 183, §3º, e 191, parágrafo único), pois o art. 23 da Lei nº 13.465/2017 não obriga a Administração a outorgar a legitimação fundiária, apenas lhe dá o direito de fazê-lo.

²⁵ Vale lembrar que a usucapião pode ser reconhecida extrajudicialmente (Lei nº 6.015/73, art. 216-A, com redação conferida pelo art. 1.071 do Código de Processo Civil). Nesse caso, o registro da usucapião na matrícula do imóvel é realizado pelo oficial de registro de imóveis, no exercício de competência delegada pela Administração Pública.

XI. Ausência de critérios objetivos para a outorga da legitimação fundiária

O problema, a nosso ver, está justamente na ausência de critérios objetivos para outorgar a legitimação fundiária. A Lei nº 13.465/2017, como visto, não fixa prazo mínimo de ocupação e nem tamanho máximo do imóvel, como o fazem as regras que disciplinam a usucapião (Lei nº 10.257/2001, art. 9º) e a CUEM (MP nº 2.220/2001). Para fazer jus à legitimação, basta que a área ocupada tenha destinação urbana e seja integrante de núcleo urbano informal. Além disso, no caso da Reurb-S, o beneficiário da legitimação fundiária não pode ser concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural e nem ter sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária anteriormente, ainda que em outro núcleo urbano (Lei nº 13.465/2017, art. 23, §1º, incs. I e II). Até mesmo para imóveis com uso não residencial a legitimação fundiária pode ser outorgada, se for “reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação” (art. 23, §1º, inc. III).

São critérios que conferem ampla margem de discricionariedade para a Administração, o que pode resultar em tratamentos desiguais para situações similares. A Administração pode outorgar a legitimação fundiária para um ocupante e não o fazer para outro, ainda que as condições de ocupação sejam semelhantes. Por essa razão, entendemos que lei municipal deve fixar critérios para a outorga da legitimação, sem, por óbvio, contrariar as regras gerais impostas pela Lei nº 13.465/2017, que é norma geral de direito urbano, de caráter nacional (CF, art. 24, inc. I).

Com efeito, o Município é o ente competente para processar e aprovar os projetos de regularização fundiária e para emitir a certidão de regularização (Lei nº 13.465/2017, art. 30). E nem poderia ser diferente, tendo em vista sua

competência para tratar de assuntos locais (CF, art. 30, inc. I). O ente municipal é o principal ator da ordenação urbanística e o instrumento fundamental da política de desenvolvimento urbano é a lei municipal que institui o plano diretor (CF, art. 182, §1º).

No exercício de sua competência suplementar (CF, art. 30, inc. II), o Município pode editar leis de regularização fundiária, que regulem a aplicação dos diversos instrumentos de Reurb em âmbito local. Esses diplomas devem estar em consonância com o plano diretor estratégico, que, por sua vez, pode instituir Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), destinadas “preponderantemente à população de baixa renda e sujeitas a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo” (Lei nº 13.465/2017, art. 18). A delimitação dessas zonas contribui para o atingimento das finalidades dos processos de regularização fundiária de caráter social (Lei nº 13.465/2017, art. 10), na medida em que estimula a permanência da população de baixa renda nas áreas sujeitas à Reurb-S.

As leis municipais de regularização fundiária podem traçar critérios específicos para a outorga da legitimação fundiária em âmbito local, a fim de garantir tratamento isonômico aos ocupantes de diferentes núcleos urbanos informais. Dessa forma, a ampla discricionariedade conferida pela Lei Federal de Regularização Fundiária (art. 23) restaria limitada por regras locais, de forma a dar concretude ao princípio constitucional da isonomia (CF, art. 37, *caput*), que impõe o tratamento impessoal aos destinatários da atividade administrativa.

Ressalta-se, todavia, que a Lei Federal de Regularização Fundiária prescreve que a inexistência de lei municipal específica que trate de “medidas ou posturas de interesse local aplicáveis a projetos de regularização fundiária urbana” não impede seja a Reurb efetivada com fulcro apenas no diploma federal (Lei nº 13.465/2017, art. 28, parágrafo único). Ainda assim, parece-nos que a fixação de

critérios objetivos de regularização por lei local é essencial para evitar questionamentos em âmbito judicial sobre a aplicação da norma federal. As regras sobre legitimação fundiária, ao nosso ver, dependem de suplementação por lei municipal, a fim de afastar sua inconstitucionalidade.

XII. Legitimação fundiária em áreas privadas

Outro ponto polêmico do regramento sobre a legitimação fundiária é a possibilidade de sua outorga em favor de possuidores de imóveis particulares (Lei nº 13.465/2017, art. 23). O tema também foi objeto da Adin 5.787/DF, que pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Alega-se que o instituto da legitimação fundiária é incompatível como o sistema constitucional de proteção da propriedade (CF, art. 5º, inc. XXII, XXIII e XXIV), já que possibilita a aquisição da titularidade de imóvel de terceiros pelo possuidor, sem o pagamento do preço. Na realidade, a aplicação do instrumento permite que o Poder Público atribua a propriedade originária do bem ao ocupante, sem que o proprietário receba qualquer valor.²⁶ Tratar-se-ia, assim, de verdadeiro confisco, levado a efeito pela Administração fora das hipóteses previstas constitucionalmente (CF, art. 243).

²⁶ Nelson Rosenvald defende que a legitimação fundiária de bens particulares se assemelha a uma desapropriação *na qual, ausentes balizas, o titular de um terreno invadido em 2016 será expropriado sem direito a indenização, caso a Municipalidade considere que a ocupação estava consolidada* (ROSENVALD, Nelson. **A legitimação fundiária - uma polêmica inovação**. Disponível em <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/12/20/A-Legitima%C3%A7%C3%A3o-fundi%C3%A1ria-%E2%80%93-uma-pol%C3%AAmica-inova%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 21.7.2020).

Com efeito, a desapropriação em favor de terceiros é instituto há muito presente no direito brasileiro; é o caso da desapropriação por interesse social, realizada com vistas à execução de políticas habitacionais para a população de baixa renda (Lei nº 4.132/62, art. 2º),²⁷ também prevista como um dos instrumentos de regularização fundiária pela Lei nº 13.465/2017 (art. 15, inc. VI). Ocorre que o processo expropriatório não dispensa o pagamento de justa e prévia indenização ao proprietário do imóvel (Lei nº 4.132/62, art. 5º), o que não ocorre no regime da legitimação fundiária criado pela lei da Reurb. Parece-nos, destarte, um tanto difícil defender a constitucionalidade da lei federal, nesse particular.

Sustentar a constitucionalidade do dispositivo é ainda mais difícil se considerarmos, especificamente, a possibilidade de se realizar a Reurb-E em área privada. Essa hipótese de Reurb não é efetivada em benefício da população de baixa renda (Lei nº 13.465/2017, art. 13, inc. II) e, portanto, nem o argumento social pode ser levantado em favor do instituto. Nesse caso, a propriedade privada é transmitida ao possuidor do imóvel sem que se exija o cumprimento de requisito de cunho social, ou seja, a lei permite ao Poder Público transferir o domínio de um particular a outro, sem o pagamento de qualquer valor indenizatório.

²⁷ Sobre esse último dispositivo, observa Adilson Abreu Dallari que quase todas as hipóteses por ele previstas aplicam-se a *situações enquadráveis no campo do direito urbanístico* (DALLARI, Adilson Abreu. **Desapropriações para fins urbanísticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 96). Dentre essas possibilidades, estão: a) o aproveitamento de bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população; b) a manutenção de ocupantes de baixa renda em terrenos urbanos, em que tenham sido formados núcleos residenciais; c) a construção de casas populares; d) a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e reservas florestais. Todas elas voltadas, de fato, a questões urbanísticas (Lei nº 4.132/62, art. 2º, incs. I, IV, V, VII).

Do exposto, parece-nos que a regra que permite a legitimação fundiária em área privada, seja para Reurb-S, seja para Reurb-E, é, nesse particular, inconstitucional, por contrariar a norma que obriga o pagamento de justa e prévia em processos expropriatórios (CF, art. 5º, incs. XXIV).

Com a devida vênia, nos parece que a transferência graciosa da propriedade privada, no caso da legitimação fundiária, somente é possível se o proprietário da área, regulamente intimado (Lei nº 13.465/2017, art. 31), concordar com ela, o que equivaleria a um contrato de doação de imóvel.

XIII. Legitimação fundiária em áreas públicas

A legitimação fundiária em área pública também é controversa. A possibilidade de atribuir a propriedade de imóvel público ao seu detentor encontra obstáculos difíceis de serem superados.

Nos termos da Lei 13.465/2017, o Poder Público pode atribuir o direito de real de propriedade àquele que detiver, em área pública, “unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016” (art. 23).

Em outras palavras, a lei federal permite à Administração Pública transferir a propriedade de seus imóveis, sem licitação, ao detentor da área, no âmbito da Reurb-S e da Reurb-E.

A regra deve ser, primeiramente, cotejada com a norma constitucional que impõe sejam as alienações de bens públicos realizadas “mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (CF, art. 37, inc. XXI). De acordo com o Texto Constitucional, a Administração Pública deve adquirir e

alienar bens por meio de processos licitatórios, salvo as exceções expressamente previstas em lei.

Com fulcro no dispositivo constitucional, a Lei nº 8.666/93 determina que a alienação de bens da Administração deve ser subordinada à existência de interesse público devidamente justificado e ser precedida de avaliação prévia (art. 17, *caput*). Além disso, no caso de bens imóveis de propriedade de órgãos da administração direta, autárquica e fundacional, a alienação depende de autorização legislativa e de licitação na modalidade concorrência (art. 17, inc. I). A Lei de Licitações utiliza o termo *alienação* no seu sentido amplo, ou seja, todos os contratos que envolvam a transferência de algum dos poderes do proprietário dependem, em regra, de prévio procedimento licitatório – concessão e permissão de uso, compra e venda, locação, permuta, aforamento, dentre outros ajustes, ao envolverem bens imóveis de propriedade da Administração, devem ser precedidos de licitação.

As exceções a essa regra são as hipóteses de dispensa – ou de licitação *dispensada*²⁸ – previstas nos incs. I e II do art.

²⁸ Há na doutrina autores que diferenciam a licitação *dispensada* da licitação *dispensável*. Na licitação dispensada, não obstante ser possível, lógica e faticamente, realizar o certame licitatório, sua efetivação seria vedada por lei. Como exemplo, a doutrina indica as hipóteses previstas no art. 17 da Lei nº 8.666/93. O dispositivo, de acordo com esse entendimento, indicaria uma série de situações em que a alienação de bens móveis e imóveis de propriedade da Administração Pública não deve ser precedida de licitação, ou seja, não obstante ser viável realizar o certame licitatório, este estaria proibido por lei. Por outro lado, licitação *dispensável*, ainda de acordo com tal orientação, é conceito reservado para aqueles casos em que é possível realizar o certame licitatório, mas efetivá-la depende de decisão discricionária da Administração – ela decidirá entre fazer ou não a licitação a partir de critérios de conveniência e oportunidade aplicáveis ao caso concreto (Lei nº 8.666/93, art. 24). Nesse sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 233-234; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 205. Licitação inexigível, por seu turno, seria conceito aplicável àquelas situações em que é inviável realizar o

17 da Lei de Licitações. Dentre as hipóteses em que a Administração está dispensada de realizar processo licitatório estão: a) doação de imóveis para outro órgão ou entidade da Administração Pública (Lei nº 8.666/93, art. 17, inc. I, *b*);²⁹ b)

alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por

certame licitatório (vide rol exemplificativo do art. 25 da Lei nº 8.666/93). Com a devida vênia, não vislumbramos ser possível diferenciar licitação *dispensada* de licitação *dispensável*; muitos dos exemplos de licitação *dispensada* fornecidos pela doutrina que defende a divergência (Lei 8.666/93, art. 17) são, na verdade, hipóteses de inexigibilidade de competição – como, por exemplo, a concessão de direito real de uso para fins de regularização fundiária (Lei nº 8.666/93, art. 17, inc. I, *f* e *h*). Entendemos, portanto, que as hipóteses de contratação direta se limitam aos casos de licitação dispensável – para nós, sinônimo de licitação dispensada – e de licitação inexigível. É o entendimento de Marçal Justen Filho, para quem é irrelevante a distinção terminológica entre licitação dispensada e licitação dispensável: ambas as soluções são juridicamente equivalentes e comportam tratamento jurídico similar. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 214-215).

²⁹ Na Adin 927-3/RS, o STF decidiu que o dispositivo constante do art. 17, inc. I, *b*, da Lei nº 8.666/93 é aplicável, em sua integralidade, apenas para a União Federal, ou seja, Estados, DF e Municípios podem doar seus imóveis para entidades privadas, sem licitação, desde que presente o interesse coletivo. Vale ressaltar que o patrimônio público não pode ser transmitido a particulares sem uma razão de interesse público que legitime a doação. Como exemplo, citamos a transmissão gratuita de área pública desocupada para a construção de moradia ou para fins de regularização fundiária. (LEVIN, Alexandre. Alienações – arts. 17 a 19 da Lei nº .666/93. In. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (coord.). **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016, p. 125.)

órgãos ou entidades da administração pública (art. 17, inc. I, *f*);

c) procedimentos de legitimação de posse da Lei nº 6.383/76 (art. 17, inc. I, *g*);³⁰ d)

alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública (art. 17, inc. I, *h*);

e d) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra no âmbito da Amazônia Legal, para fins de regularização fundiária nos termos da Lei nº 11.952/2009 (art. 17, inc. I, *i*).

Note que as hipóteses de dispensa indicadas são relacionadas a processos de regularização fundiária de interesse social; para alienações de imóveis que não tenham tal finalidade, a regra é a prévia licitação, portanto.

Conclui-se que apenas a Reurb-S pode ser enquadrada nas hipóteses de dispensa, ou seja, apenas a

³⁰ Lei nº 6.383/76 (que dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União), art. 29. *O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos: I - não seja proprietário de imóvel rural; II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.*

alienação de imóveis públicos realizada no âmbito da regularização fundiária de interesse social pode ser realizada sem prévio processo licitatório, já que se destina a garantir o direito de moradia para a população de baixa renda (Lei nº 13.465/2017, art. 13, inc. I).

Assim, a legitimação fundiária que compreende a transferência da propriedade originária de bem público só é válida no âmbito da Reurb-S. A norma que permite seja outorgada a legitimação fundiária em área pública, no âmbito da Reurb-E, sem licitação, é inconstitucional, por contrariar o art. 37, inc. XXI, da Carta.

É certo que na Reurb-E promovida sobre bem público a aquisição de direitos reais pelo particular fica

condicionada ao pagamento do justo valor da unidade imobiliária regularizada, a ser apurado na forma estabelecida em ato do Poder Executivo titular do domínio, sem considerar o valor das acessões e benfeitorias do ocupante e a valorização decorrente da implantação dessas acessões e benfeitorias (Lei nº 13.465/2017, art. 16).

Isso quer dizer que a legitimação fundiária no âmbito da Reurb-E somente pode ser outorgada após o pagamento pelo detentor do valor do imóvel público, fixado a partir de avaliação feita com base em norma editada pela Administração Pública proprietária do bem. A avaliação prévia, nesse caso, atende, no entanto, apenas um dos requisitos presentes no art. 17, inc. I, da Lei nº 8.666/93. Ainda que o imóvel público seja previamente avaliado, a ausência de licitação não se justifica, já que ausente o interesse social. Não há hipótese legal de dispensa de licitação para esses casos.

Ademais, o certame licitatório possibilita ao Poder Público obter um preço superior à avaliação inicial do imóvel, em respeito à norma que prevê a seleção da proposta mais vantajosa como uma das finalidades essenciais da licitação (Lei nº 8.666/93, art. 3º).

Conclui-se que apenas a legitimação fundiária realizada em área pública, no âmbito da Reurb-S, encontra amparo no Texto Constitucional. Constitui, nesse caso, verdadeira doação do imóvel público ao seu ocupante de baixa renda, o que, como vimos, é permitido pelo sistema normativo pátrio (Lei nº 8.666/93, art. 17, inc. I, *f e h*). Já a legitimação fundiária em área privada – na Reurb-S ou na Reurb-E – contraria o art. 5º, inc. XXIV, e a Reurb-E em área pública contraria o art. 37, inc. XXI, da Carta.

Vale lembrar que, caso o certame licitatório que vise à alienação de área pública ocupada seja julgada deserta ou fracassada, a Administração pode utilizar a hipótese de dispensa prevista no art. 24, inc. V, da Lei 8.666/93 e, aí sim, outorgar a legitimação fundiária diretamente aos seus ocupantes, mediante o pagamento do justo preço do imóvel. Nesse caso, deve restar comprovado que o certame não pode ser repetido sem prejuízo para o Poder Público, nos termos do que prescreve o dispositivo da Lei de Licitações.

XIV. Legitimação de posse na Lei nº 13.465/2017

A legitimação de posse é instituto já antigo no direito brasileiro. Foi prevista no Decreto-lei nº 9.760/1946³¹, (art. 164 e ss.), no Estatuto da Terra (art. 99), na Lei Federal nº 6.383/1976³² (art. 29), na Lei nº 11.977/2009 (art. 47, inc. IV -

³¹ Dispõe sobre os bens imóveis da União.

³² Dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União.

revogado),³³ na Lei nº 6.015/73, art. 167, I, “41” e “42”³⁴ e no Estatuto da Cidade (art. 4º, inc. V, *u*).³⁵

Na sistemática da Lei nº 11.977/2009, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos do seu registro, podia requerer a conversão do título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal (art. 60).³⁶ Vale ressaltar que o título de legitimação de posse, na sistemática da Lei nº 11.977/2009, somente devia ser concedido após o registro do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária (art. 58, §1º).³⁷

Na Lei nº 13.465/2017, o instrumento é definido como

o

ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da

³³ O Capítulo sobre regularização fundiária da Lei Federal nº 11.977/2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida, foi inteiramente revogado pela Lei nº 13.465/2017.

³⁴ A Lei nº 6.015/73, dispõe sobre os registros públicos, prevê a possibilidade registro da legitimação de posse e da legitimação fundiária (art. 167, inc. I, “41”, “42” E “44”).

³⁵ A legitimação de posse é prevista no Estatuto da Cidade como um dos instrumentos de execução da política urbana.

³⁶ Esse dispositivo, assim como todo o capítulo sobre regularização fundiária da Lei nº 11.977/2009, foi revogado pela Lei nº 13.465/2017.

³⁷ Rosane de Almeida Tierno explica que *uma vez que constitucionalmente é vedada a usucapião de bens públicos, na prática essa conversão acabou sendo admitida apenas em áreas particulares*. (TIERNO, Rosane de Almeida. Legitimação de posse e legitimação fundiária na Lei Federal nº 13.465/2017. In: LEITE, Luis Felipe Tegon Cerqueira; e MENCIO, Mariana. **Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da Lei 13.465/2017**. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019, p. 435).

natureza da posse (art. 11, inc. VI, e art. 25, *caput*).

A lei também indica a legitimação de posse como um dos instrumentos da Reurb, ao lado da legitimação fundiária (art. 15, inc. I).

Nota-se que a legitimação de posse é outorgada no exercício da competência discricionária da Administração, assim como a legitimação fundiária. A diferença é que, na primeira, apenas a posse é transmitida ao ocupante da área, enquanto que na segunda há a transmissão da propriedade do imóvel ocupado.

Também não há requisitos objetivos fixados pela lei para a outorga da legitimação de posse, o que significa dizer que as mesmas críticas apresentadas em relação à legitimação fundiária são aqui aplicáveis. Como dito anteriormente, a ausência de critérios objetivos para a outorga da legitimação traz o risco de inobservância do princípio da impessoalidade, que deve reger as relações estabelecidas entre cidadão e Poder Público (CF, art. 37, *caput*). A norma pode levar a Administração a tratar desigualmente pessoas em situações equivalentes, já que, em razão da ampla discricionabilidade que lhe é atribuída pela lei, a legitimação de posse pode ser outorgada em um caso e indeferida em outro, ainda que sob as mesmas circunstâncias.

Por essa razão, entendemos que lei municipal deve fixar critérios para a outorga da legitimação de posse, sem, por óbvio, contrariar as regras gerais impostas pela Lei nº 13.465/2017, que é norma geral de direito urbano, de caráter nacional, portanto (CF, art. 24, inc. I).

Observe que o título de legitimação de posse será convertido, de forma automática, em título de propriedade, decorrido o prazo de cinco anos de seu registro, desde que

atendidos os termos e condições do art. 183 da Constituição Federal (Lei nº 13.465/2017, art. 26).³⁸

Esse dispositivo constitucional prevê a chamada usucapião especial de imóvel urbano, que constitui outro importante instrumento de regularização fundiária (Lei nº 13.465/2017, art. 15, inc. II), regulado com detalhes pelos arts. 9º a 14 do Estatuto da Cidade.

A usucapião especial é destinada à regularização de área urbana de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupada por pelo menos cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, para fins de moradia. Os possuidores e suas famílias que atenderem esses requisitos adquirem a propriedade da área, desde que não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. O Estatuto da Cidade previu, também, a modalidade coletiva de usucapião, aplicável a núcleos urbanos informais, “existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor” (Lei nº 10.257/2001, art. 10). A espécie coletiva de usucapião é voltada à regularização de favelas, locais em que a área ocupada por cada família não é facilmente individualizável.

Vê-se, claramente, que a usucapião especial urbana é instrumento destinado a garantir o direito de moradia à população de baixa renda. O instrumento deve ser aplicado, portanto, no âmbito da Reurb-S (Lei nº 13.465/2017, art. 13, inc. II).

Nesse caso, desde que atendidos os requisitos da usucapião especial urbana (CF, art. 183, e Lei nº 10.257/2001,

³⁸ Luiz Antonio Scavone Junior faz importante observação, com a qual concordamos, quanto a uma falha na redação do art. 26 da Lei nº 13.465/2017. Para o autor, *a conversão de propriedade não se dá em razão da data de registro da CRF que contenha legitimação da posse, mas da data reconhecida, neste título, de início da posse conversível em propriedade por usucapião.* (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário - teoria e prática.** 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 126).

arts. 9º a 14), a legitimação de posse será convertida automaticamente em título de propriedade, “independentemente de prévia provocação ou prática de ato registral” (Lei nº 13.465/2017, art. 26, *caput*). Ou seja, a Administração Pública promoverá a regularização da área convertendo a legitimação de posse em domínio, ainda que o possuidor não solicite a conversão. A conversão constituirá, nesse caso,

forma originária de aquisição de direito real, de modo que a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada restará livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio beneficiário (art. 26, §2º).

Aqui surge a questão: mas então qual a diferença entre a legitimação da posse e a usucapião especial urbana, se a propriedade somente será adquirida a partir do atendimento aos requisitos da prescrição aquisitiva?

A diferença é que o possuidor pode levar a registro a legitimação de posse na matrícula do imóvel (Lei nº 6.015/73, art. 167, I, “41” e “42”), no âmbito do processo de Reurb, o que permite ao possuidor, inclusive, transmiti-la *causa mortis* ou *inter vivos* (Lei nº 13.465/2017 (art. 25, §1º). A legitimação da posse constitui direito sobre o imóvel, que pode ser ofertado em garantia e alienado, em benefício do possuidor. A posse, portanto, pode ser “vendida” a terceiros.

O intuito da lei é, claramente, facilitar a conclusão do processo de regularização fundiária pelos Municípios, visto que o processo de Reurb já será concluído com a outorga da

legitimação de posse, independentemente do cumprimento dos requisitos para a usucapião.

Perceba que a Lei nº 13.465/2017 não exige, para a outorga da legitimação de posse, o prévio registro do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária, como o fazia a Lei nº 11.977/2009, revogada nesse particular.³⁹ A Lei nº 13.465/2017 contém, inclusive, dispositivo que dispensa a aprovação do projeto de regularização fundiária nos casos de legitimação de posse, para fins de expedição da Certidão de Regularização Fundiária (CRF). Assim, a legitimação de posse pode ser registrada na matrícula do imóvel, mediante CRF expedida pelo Município, ainda que o projeto de regularização fundiária não tenha sido aprovado. O mesmo ocorre, aliás, com a legitimação fundiária: para o registro da CRF, nos casos de legitimação, “basta a listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos” (Lei nº 13.465/2017, art. 11, inc. V).

A regra não é isenta de críticas, já que prestigia a aquisição do título pelo possuidor independentemente da conclusão do projeto de Reurb. Afinal, dentre as finalidades da regularização estão:

- a) assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;
- b) criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano;
- c) ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes

³⁹ Também não é exigida a demarcação urbanística, conforme o regime legal anterior (Lei nº 11.977/2009, art. 58,

nos próprios núcleos urbanos informais regularizados; d) garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; e) ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; e f) prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais.⁴⁰

Esses objetivos somente são alcançáveis com a conclusão e execução integral do projeto de regularização fundiária.

Não se trata somente de regularizar o imóvel, mas sim de garantir o direito à cidade por parte de seu ocupante. De nada adianta um imóvel regularizado em uma área que não seja dotada dos melhoramentos urbanos básicos, como

⁴⁰ Na exposição de motivos da MP 759, posteriormente convertida na Lei nº 13.465/2017, consta que *a regularização fundiária urbana contribui para o aumento do patrimônio imobiliário do País e representa a inserção de capital na economia, à medida que agrega valor aos imóveis regularizados, os quais, inclusive, tornam-se alvo de tributação (IPTU, ITR, ITBI) ou de cobrança de preços públicos (foros e laudêmos)*. Em seguida, afirma-se que *a identificação dos núcleos urbanos informais, passíveis de regularização, insere-os no radar dos investimentos públicos federais. Isto faculta a realização de obras de habitação popular, de saneamento e de mobilidade urbana. A regularização fundiária urbana serve, destarte, como fator indutor para o alcance das metas estabelecidas para aplicação dos recursos destinados a estas ações de desenvolvimento urbano*. E, ainda, que *a terra constitui a base para o desenvolvimento econômico e social de um País. É nela que se desenvolvem a moradia, a indústria e o comércio. Quando a terra – urbana ou rural – não está registrada em Cartório de Registro de Imóveis, para além de situar fora da economia, restam mitigados direitos que garantem cidadania aos seus ocupantes. Viabilizar a regularização fundiária, assim, mais do que assegurar a função social das cidades, a segurança e a dignidade de moradia, dinamiza a economia brasileira*. Resta nítido a intenção do legislador de agilizar os processos de regularização fundiária, sob a alegação de que a legislação anterior dificultava sua conclusão. Os efeitos econômicos da regularização não devem ser desprezados, mas sua finalidade, a rigor, é inserir as áreas informais no mapa oficial da cidade, na busca da garantia do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (CF, art. 182, *caput*).

iluminação pública, calçamento, transporte, saneamento básico, serviço de coleta de lixo. Há risco de o projeto de regularização não ser concluído posteriormente, já que os imóveis localizados na área já estão registrados em nomes dos respectivos ocupantes. Trata-se de uma titulação em massa, que não resolve todos os problemas que afligem as populações residentes em favelas e loteamentos clandestinos.

XV. Legitimação de posse no âmbito da Reurb-E

Mas a legitimação de posse não é aplicável somente no âmbito da regularização de interesse social. A Lei de Regularização Fundiária permite seja a legitimação de posse realizada, também, no âmbito da Reurb-E. Nesse caso, para fins de conversão da legitimação de posse em título de propriedade, deverão ser atendidos “os requisitos de usucapião estabelecidos na legislação em vigor, a requerimento do interessado, perante o registro de imóveis competente” (Lei nº 13.465/2017, art. 26, §1º). Ou seja, nos casos em que a usucapião especial urbana não for aplicável, a legitimação de posse será convertida em título de propriedade se satisfeitos os requisitos das outras modalidades de usucapião previstas na lei brasileira (CC, art. 1.238 e 1.242). Aqui, o instituto é aplicável independentemente da renda do possuidor: imóveis de qualquer valor e tamanho podem ser regularizados.

A Lei nº 13.465/2017 criou, portanto, espécie de usucapião administrativa, aplicável tanto no âmbito da Reurb-S, como no da Reurb-E.

Note que, em virtude da regra da imprescritibilidade dos bens públicos, a Lei nº 13.465/2017 veda a aplicação da legitimação de posse a imóveis urbanos situados em áreas de titularidade do Poder Público (art. 25, §2º).

Por derradeiro, observa-se, ainda, que o título de legitimação de posse pode ser cancelado, quando a Administração emitente constatar que as condições estipuladas pela lei deixaram de ser satisfeitas (Lei nº 13.465/2017, art. 27). Como não há requisitos objetivos para a outorga da legitimação de posse, entende-se que será o título cancelado nos casos em que os critérios aplicáveis para as diferentes espécies de usucapião não forem cumpridos, o que impedirá a conversão da legitimação de posse em propriedade.

XVI. Considerações finais

A legitimação fundiária e as novas regras acerca da legitimação de posse, previstas na Lei nº 13.465/2017, têm o nítido objetivo de tornar mais eficientes os processos de regularização fundiária, a disponibilizar aos Municípios instrumentos mais ágeis para a sua conclusão.

A transferência do domínio dos imóveis ocupados deixa de depender da conclusão do projeto de regularização fundiária; os possuidores adquirem a titulação com mais rapidez, o que, em tese, permite acesso a financiamentos imobiliários, já que a propriedade adquirida pode ser utilizada como garantia de empréstimos bancários.

E, como a propriedade é adquirida de forma originária, o seu possuidor/detentor não precisa arcar com os impostos incidentes sobre a transmissão da propriedade (ITBI/ITCMD), o que também facilita a regularização.

Não obstante, as regras sobre a legitimação fundiária são questionáveis quanto à sua constitucionalidade. A Lei nº 13.465/2017 não prevê critérios objetivos para a outorga da legitimação aos possuidores de imóveis privados ou aos detentores de imóveis públicos. A omissão resulta em ofensa ao princípio da isonomia, já que a ampla discricionariedade

atribuída ao poder público torna incerta a outorga da propriedade: possuidores em situações similares podem ser tratados de forma desigual, a depender puramente de critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Os Municípios, no exercício de sua competência complementar em matéria urbanística (CF, art. 30, inc. II), devem complementar a legislação federal, a editar normas que prevejam critérios objetivos para a outorga da legitimação no âmbito local, de acordo com os critérios gerais sobre a regularização fundiária definidos nos respectivos planos diretores. Dessa forma, a competência discricionária disposta na lei federal encontrará limites que a conformarão ao princípio da isonomia.

Por outro lado, a legitimação fundiária em áreas privadas, no âmbito da Reurb-E ou da Reurb-S, colide com o direito fundamental da propriedade, constitucionalmente assegurado, já que o domínio é transferido ao possuidor sem previsão de qualquer pagamento ao proprietário da área. E não se trata, aqui, de usucapião, visto que não há, ao contrário deste, critérios objetivos para a outorga. A legitimação fundiária é ato expedido no exercício da competência discricionária da Administração e a sua outorga independe do tempo de posse ou da existência de justo título. O poder público pode desapropriar o imóvel e oferecê-lo a terceiros, no âmbito de uma política habitacional para população de baixa renda, por exemplo. Mas a transferência graciosa da propriedade, no caso da legitimação fundiária, somente é possível se o proprietário da área, regulamente intimado (Lei nº 13.465/2017, art. 31), concordar com ela.

Afirma-se, outrossim, que a legitimação fundiária em áreas públicas, no âmbito da Reurb-E, não pode ser realizada sem prévio processo licitatório, já que as hipóteses de dispensa para alienação de imóveis de propriedade da Administração só valem para a regularização fundiária de interesse social (Lei nº 8.666/93, art. 17, inc. I, *b*, *f* e *h*). A transferência direta de propriedade pública, ainda que bem

dominial, contraria a regra constitucional que exige prévia licitação para alienar bens públicos (CF, art. 37, inc. XXI). É certo que a Lei nº 13.465/2017 exige o pagamento do preço do imóvel à Administração (art. 16), mas, ainda assim, o certame se faz necessário, já que o Poder Público pode obter valor superior à avaliação inicial. No nosso entender, a licitação somente é dispensável se o primeiro certame for julgado deserto ou fracassado; nesse caso, se não for possível realizar a licitação sem prejuízo ao interesse coletivo, a venda direta pode ser efetivada (Lei nº 8.666/93, art. 24, inc. V).

Quanto à legitimação de posse, alguns aspectos problemáticos da legitimação fundiária se repetem: da mesma forma, não há requisitos objetivos fixados pela lei para sua outorga, o que significa dizer que as mesmas críticas apresentadas em relação à legitimação fundiária são aqui aplicáveis. Como dito anteriormente, a ausência de critérios objetivos para a outorga da legitimação traz o risco de inobservância do princípio da impessoalidade, que deve reger as relações estabelecidas entre cidadão e Poder Público (CF, art. 37, *caput*). A norma pode levar a Administração a tratar desigualmente pessoas em situações equivalentes, já que, em razão da ampla discricionariedade que lhe é atribuída pela lei, a legitimação de posse pode ser outorgada em um caso e indeferida em outro, ainda que sob as mesmas circunstâncias.

Por essa razão, entendemos que lei municipal deve fixar critérios para a outorga da legitimação de posse, sem, por óbvio, contrariar as regras gerais impostas pela Lei nº 13.465/2017, que é norma geral de direito urbano, de caráter nacional, portanto (CF, art. 24, inc. I).

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 17ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. **Desapropriações para fins urbanísticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (organizadores). **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, José Carlos. Responsabilidade pela implementação da infraestrutura essencial nas espécies de REURB e responsabilidade administrativa, civil e criminal dos formadores de núcleo urbano informal. In: LEITE, Luis Felipe Tegen Cerqueira; e MENCIO, Mariana. **Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da Lei 13.465/2017**. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008.

LEVIN, Alexandre. Alienações – arts. 17 a 19 da Lei nº .666/93. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (coord.). **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016.

LEVIN, Alexandre. Autonomia do Direito Urbanístico e seus princípios fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 09-38, jan./jul. 2016.

LEVIN, Alexandre. Instrumentos jurídicos de concertação público-privada para fins de urbanização. In: CAMMAROSANO, Flávia; ESTEFAM, Felipe Faiwichow (organizadores). **Direito Público em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v.3: direito das coisas**. 37ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Victor Carvalho. Regularização de assentamentos urbanos em zona rural: o princípio da eficiência na ocupação do solo como critério de conveniência e oportunidade. In:

LEITE, Luis Felipe Tegon Cerqueira; e MENCIO, Mariana. **Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da Lei 13.465/2017**. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROSENVALD, Nelson. **A legitimação fundiária – uma polêmica inovação**. Disponível em <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/12/20/A-Legitima%C3%A7%C3%A3o->

[fundia-uma-politica-inova-30](#)>. Acesso em 21.7.2020

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário – teoria e prática**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA, Carlos Humberto Francisco. A legitimação fundiária no regime da Lei Federal nº 13.465/2017. In: MOTA, Maurício Jorge Pereira; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo; MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Direito à moradia e regularização fundiária**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TIERNO, Rosane de Almeida. Legitimação de posse e legitimação fundiária na Lei Federal nº 13.465/2017. In: LEITE, Luis Felipe Tegen Cerqueira; e MENCIO, Mariana. **Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da Lei 13.465/2017**. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito das coisas, vol. 4**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Evolução da regulação do transporte coletivo público de passageiros no município de São Paulo

Gilmar Pereira Miranda¹

Resumo

A regulação do transporte coletivo público de passageiros no Município de São Paulo ao longo dos anos possui um traço histórico de mudanças voltadas à busca de soluções aptas a atender as demandas de deslocamento pelas vias urbanas, com foco em soluções próprias para cada época de sua aplicação.

Abstract

The regulation of São Paulo's public passenger transport over the years has a history of changes aimed at finding solutions able to meet the demands of travel on urban roads, focusing on specific solutions for each time of application.

Palavras-chave

Ônibus; Transporte Coletivo Público de Passageiros; CMTC; SPTrans; Regulação; Concessão.

Keywords

Bus; Public Passenger Transport; CMTC; SPTrans; Regulation; Concession.

Introdução

¹Especialista em Direito Público, em Direito Municipal, em Direito Eleitoral, em Gestão e Direito do Trânsito; Procurador do Município de São Paulo; gpmiranda@prefeitura.sp.gov.br

O serviço de transporte coletivo público de passageiros é uma atividade constitucionalmente essencial (art. 30, inciso V, da Constituição da República), voltado ao atendimento à população, para proporcionar o deslocamento pela cidade, mediante uma retribuição individualizada, de modo a potencializar o uso da infraestrutura urbana instalada, com definição de itinerário fixo e programação proporcional à demanda de passageiros. Sendo atividade essencial para a mobilidade urbana, é imperioso que o poder público local busque elementos para definir os parâmetros de planejamento, ao longo de todo o período de sua execução.

Todavia, essa absorção das funções regulatórias do sistema de transporte coletivo público de passageiros é o resultado da evolução do tratamento dado ao setor, ao longo de muitos anos de experiência e desenvolvimento de novas tecnologias, aprimorando, assim, uma melhor logística de deslocamento de passageiros pelo meio urbano.

Com efeito, assim como se deu com o desenvolvimento da Cidade de São Paulo, o transporte coletivo público de passageiros seguiu os principais passos voltados a um melhor aproveitamento dessa infraestrutura implantada e aprimorou suas bases, mediante a criação e atualização de uma rede de transporte coletivo. E, para tanto, é verificada uma evolução constante do conjunto normativo que trata da matéria, buscando, sempre, a melhor solução para o momento histórico vivido.

Portanto, para se observar como o Município de São Paulo chegou ao atual regramento, mostra-se vital conhecer toda a sua evolução, de modo a compreender quais foram as soluções que, com o passar do tempo, se mostraram insuficientes para manutenção da rede de transporte, como mote para, num contexto prognóstico, compreender quais os elementos que não se mostram atuais aos tempos presente e futuro.

I. Dos *tramways* aos bondes da *Light*

Durante os primeiros anos do Brasil-República, o transporte de passageiros pela cidade de São Paulo era dominado por *tramways*, consistindo em veículos conduzidos por cavalos, às vezes com uso de trilhos para alinhamento da estrutura, mediante autorizações expedidas pela autoridade municipal, em linhas específicas. A título de exemplo, temos a Lei nº 87, de 19 de janeiro de 1894², que concedeu o direito de exploração de uma linha de *tramways* entre o Sítio “Pedreiras”, em Sant’Anna, e o ferro-carril mantido pelo Estado de São Paulo, que conectava a Luz à Serra da Cantareira.

Por seu turno, além dos diversos interessados individuais de exploração do transporte coletivo, havia a presença de uma empresa de destaque, a Companhia Viação Paulista, fundada em 1889 a partir da fusão de outras empresas que exploravam o transporte urbano de passageiros e cargas, sob trilhos, por atração animal³. Sua operação, consolidada após as diversas fusões, era explorada em regime de privilégio desde 1871⁴. Esse privilégio, por seu turno, não resultava em exclusividade total, haja vista a existência de outros interessados explorando o serviço, de forma pontual, desde que não houvesse sobreposição de vias entre a Viação Paulista e terceiros.

² Inteiro teor disponível em <https://www.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L87.pdf>, visto em 06-12-2021.

³ Vide SILVA, Heloísa Barbosa. Batalhas pelo Monopólio. História & Energia. São Paulo, nº 1, p. 46 a 50, mai/1986. KÜHL, Júlio Cesar Assis. Oficinas Gerais da Light no Cambuci: 1895-1953. Memória Energia. São Paulo, nº 25, p. 30-40, abr/dez1998. SOUZA, Edgard. História da Light: primeiros 50 anos. São Paulo, Eletropaulo, 1982, *apud* <http://acervo.energiaesaneamento.org.br/consulta/ExibirDetalhes.aspx?funcao=kFundo&id=15>, visto em 06-12-2021.

⁴ Vide art. 1º da Resolução nº 103, de 6 de dezembro de 1898, disponível em <https://www.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/resolucoes/R0103-1898.pdf>, visto em 06-12-2021.

A criação da referida companhia, conforme aponta Greenfield⁵, decorreu de problemas de problemas de competição entre empresas de transporte da época e o início de uma crise de natureza financeira por conta da instabilidade que envolvia a disputa de rotas, com intervenção direta de Prudente de Moraes, chefe do governo do Estado à época. Stiel indica que as atividades da referida companhia envolviam quatro regiões, compreendendo 77 (setenta e sete) veículos⁶.

Durante a última década do Século XIX, vários atos foram expedidos para fins de conferir uma nova regulação das atividades de transporte por passageiros e de carga, ainda focado nos *tramways*, com operação pela mesma Companhia Viação Paulista. Mediante a revisão dos contratos então firmados⁷, chegou-se à aprovação do novel contrato, conforme Lei nº 400, de 20 de maio de 1899, no qual houve a concessão de privilégio de exploração, por 35 (trinta e cinco) anos.

Em 1901, houve a autorização de transferência de titularidade do privilégio de exploração de atividade para *The São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited*, nos termos da Lei nº 528, de 6 de julho⁸, alterando o prazo de vigência por 40 (quarenta) anos, a partir de então. A referida companhia assumiu as operações da então Viação Paulista.

⁵ GREENFIELD, Gerald Michael, “Algumas notas sobre a história da viação urbana no velho São Paulo”, in Revista de História, v. 49, nº 99. São Paulo: Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1974, pp. 117-143.

⁶ STIEL, Waldemar Corrêa. “História do Transporte Urbano no Brasil: história dos bonde e trólebus e das cidades onde eles trafegaram”. Brasília: EBTU, 1984, p. 452.

⁷ Vide Lei nº 367, de 22 de agosto de 1898, disponível em <https://www.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L367.pdf>, visto em 06-12-2021, e posteriormente a Lei nº 396, de 15 de abril de 1899, disponível em <https://www.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L396.pdf>, visto em 06-12-2021.

⁸ Disponível em <https://www.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L528.pdf>, visto em 06-12-2021.

A transferência de titularidade da concessão da Viação Paulista para a companhia estrangeira decorreu da dificuldade de reunir capital necessário pela então empresa operadora para a construção da infraestrutura necessária para implantação de linhas de bondes elétricos, mais a absorção de outras companhias locais em liquidação, formando um acervo necessário apto para assumir as operações de transporte na cidade de São Paulo⁹.

A nova companhia, de origem canadense, teve sua autorização de operação no Brasil concedida pelo então presidente Campos Salles, por meio do Decreto Federal nº 3.349, de 17 de julho de 1899¹⁰, sendo responsável pela construção e operação da Usina Elevatória de Traição, ainda em 1901¹¹.

Os serviços agora prestados estavam conexos ao serviço de distribuição de energia elétrica¹², o que possibilitou a substituição dos antigos *tramways* pelos bondes elétricos, aproveitando e conservando a rede de trilhos então existente.

A hegemonia do bonde elétrico veio a ser posta em *xequê* a partir da crise hídrica na Região Metropolitana de São Paulo, em 1924 e 1925¹³, quando a companhia passou a utilizar veículos a combustão, conjuntamente à operação de transporte de passageiros por bondes.

O efeito marcante desse período é a exploração conjunta de serviços de transporte de passageiros com a atividade de carga, todos dentro do mesmo contrato de privilégio,

⁹ In GREENFIELD, Gerald Michael, *ob. cit.*

¹⁰ Vide <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3349-17-julho-1899-518144-publicacaooriginal-1-pe.html>, visto em 07-12-2021.

¹¹ DIAS, Rafael Ayres de Carvalho. "Usina elevatória de traição: um marco para a expansão urbana em São Paulo. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

¹² Vide Acto nº 135, de 26 de agosto de 1902, que disciplinou a matéria, disponível em <https://www.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/actos/A0135-1902.pdf>, visto em 06-12-2021.

¹³ Vide <https://revistapesquisa.fapesp.br/seca-na-metropole/>, visto em 06-12-2021.

cabendo ao Poder Público Municipal disciplinar a aprovação dos veículos que seriam utilizados e os preços das tarifas vigentes.

Por outro lado, com a virada do século, a introdução do elemento de distribuição de energia, possibilitou a conexão dessa nova atividade com o transporte de passageiros, com o incremento de veículos com tração elétrica, valendo-se dos trilhos então existentes, sendo ampliados a partir do desenvolvimento da cidade.

II. Do fim dos bondes à CMTC

Se durante a Primeira República teve como imagem de desenvolvimento paulistano o uso dos bondes, o período envolvendo o Entre Guerras e a redemocratização, nos anos 1950, passou por forte turbulência no setor de transportes na cidade.

De início, mister repisar que *The São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited* não possuía a operação de transporte exclusiva na cidade, mas explorava o serviço de bondes a partir de uma rede de trilhos inicialmente operada pela Viação Paulista, com expansão ocorrida no decorrer dos anos.

Todavia, o desenvolvimento da cidade importou em ampliação dos espaços urbanos, possibilitando, ainda, o desenvolvimento de atividade de transporte por outros indivíduos interessados¹⁴. Simultaneamente, com o desenvolvimento automobilístico e os projetos de expansão viária, foram abertas outras oportunidades de conexões de

¹⁴ Interessante pontuar aqui a publicação de edital, pelo então Diretor do Departamento de Serviços Municipais, no diário oficial de 9 de março de 1939, fixando a obrigatoriedade dos transportadores em instalarem uma “taboleta móvel” na parte frontal do veículo, para indicação da numeração das linhas, que foram fixadas, de 1 a 102. Vide https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f1939%2fdiario%2520oficial%2fmarco%2f09%2fpag_0043_2OHSF15NLDR2QeFNOJ8JQAF24LM.pdf&pagina=43&data=09/03/1939&caderno=D%C3%A1rio%20Oficial&paginaordenacao=100043, visto em 7-12-2021.

transporte, não atendidas pela então companhia oficial, sendo desenvolvida, por meio de ônibus, pelos novos operadores.

De outra banda, com a proximidade do encerramento do contrato de privilégio e desinteresse de *The São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited* em realizar nova contratação com a cidade de São Paulo¹⁵, foram promovidas medidas de intervencionismo no setor, para fins de assunção das atividades pelo Poder Público local.

Essa necessidade decorreu justamente pela impossibilidade de trespasse das atividades aos operadores já existentes, ante o grande aporte de recursos envolvidos para absorver a frota e os operadores, inviabilizando a manutenção da atividade com a iniciativa privada naquele momento.

A transferência de operação para uma nova pessoa jurídica somente veio na segunda metade da década de 1940. Com efeito, por meio do Decreto-Lei Estadual nº 15.958, de 14 de agosto de 1946¹⁶, houve outorga de licença à Municipalidade de São Paulo para conceder a operação, mediante concessão, de forma exclusiva, do serviço de transporte coletivo público de passageiros, por prazo não superior a 30 (trinta) anos (art. 1º).

¹⁵ A companhia permaneceu no país, dedicando-se à área de produção e distribuição de energia elétrica, sendo, no Estado de São Paulo, substituída pela Eletropaulo apenas na década de 1980.

¹⁶ Importante destacar que este ato normativo é que fora expedido na forma estabelecida pelo Decreto-Lei Federal nº 1.202, de 8 de abril de 1939. No período, sob a regência da Constituição Federal de 1937, houve a supressão das funções parlamentares, sendo os governadores nomeados pelo então Presidente e os prefeitos nomeados pelos governadores. Durante esse período, a expedição de decretos-leis pelos governadores seriam após aprovação do Departamento Administrativo (art. 6º, inc. IV), sendo órgão constituído por membros nomeados pelo então Presidente da República, ou com submissão *a posteriori* pelo próprio Presidente, nos casos de calamidade ou necessidade de ordem pública (inc. V). Considerando tratar-se de período de transição para a nova Constituição, de setembro de 1946, o ato de aprovação não foi encontrado. Todavia, os atos posteriores foram convalidados na nova estrutura pátria.

Para tanto, essa concessão seria outorgada a uma empresa estatal a ser constituída pelo Município (art. 2º), com possibilidade de aporte de recursos estaduais (art. 6º). Também foi autorizada a aquisição, total ou parcial, do acervo de bens e contratação de pessoal empregados no transporte coletivo na Capital, facultando-se aos então titulares capitalizarem a nova companhia (art. 4º)¹⁷.

No âmbito local, tal norma foi complementada pelo Decreto-Lei Municipal nº 365, de 10 de outubro de 1946. Surgia a Companhia Municipal de Transportes Coletivos - CMTC¹⁸.

A concessão à CMTC foi de exploração da atividade de transporte de passageiros, por exatos 30 (trinta) anos, da assinatura do termo de contrato (art. 4º do Decreto-Lei nº 365, de 1946), sendo retribuído mediante tarifa, que deveria (i) cobrir todas as despesas de operação, (ii) constituir uma reserva de renovação e (iii) remunerar anualmente o capital efetivamente empregado (art. 6º).

Todavia, essa concessão seria complementada pela operação paralela e complementar por parte de outros operadores (art. 12), de modo que pudesse absorver no mesmo bojo os serviços então prestados pelas demais empresas que já circulavam na cidade.

Um dos primeiros atos a permitir que a CMTC contratasse outras empresas a operar conjuntamente na cidade de São Paulo foi o Decreto Municipal nº 2.215, de 21 de julho de 1953. Segundo seus termos, somente seria permitida a operação por particulares de “linhas rurais”, assim entendidas as que possuíssem itinerário contido

¹⁷ Com recursos abertos, por meio de crédito extraordinário, pelo Decreto-Lei Estadual nº 16.433, de 6 de dezembro de 1946.

¹⁸ No referido período, o Brasil estava sob regência da Constituição de 1937, que instituiu o denominado “Estado Novo”, a qual destituiu todos os parlamentos pelo país (art. 178). Também constava previsão de que o Prefeito seria nomeado pelo Governador (art. 27), sendo os atos normativos estadual e municipal expedidos na forma de decretos-lei, conforme estabelecia o Decreto-Lei Federal nº 1.202, de 8 de abril de 1939.

inteira ou predominantemente na zona rural ou suburbana¹⁹ e se situar fora do raio de 4,0 quilômetros distante da Praça da Sé (art. 1º). Os contratos teriam a duração de 3 (três) anos, renováveis (art. 14).

Esse decreto fora substituído tão somente pelo Decreto Municipal nº 6.547, de 11 de julho de 1966, no qual ficou fixado que apenas seriam operadas as linhas por empresas particulares que a CMTC não tivesse condições de operar diretamente.

Essa evolução quanto à ampliação de serviço por parte da CMTC, e aprimoramento das linhas particulares, deveu-se ao crescimento da companhia municipal ao longo dos anos, além da atualização quanto aos marcos de início e final de trajeto adotado para operação urbana.

Nesta nova regulamentação, os contratos teriam o prazo de duração que não excedesse 5 (cinco) anos (art. 11, inc. I), sendo as linhas objeto de concorrência pública (art. 12), ressalvado quanto às empresas então operadoras a possibilidade de firmar novo ajuste para operação das referidas linhas (art. 13).

Neste período, a CMTC absorveu as linhas de *The São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited*, substituindo gradativamente os bondes por ônibus, incluindo os investimentos iniciais em trólebus²⁰. Quanto às demais empresas, que já utilizavam ônibus para o transporte de passageiros, os elementos mais característicos foram a manutenção da identidade visual própria, que não encontrará mais equivalente no Município de São Paulo a partir dos próximos períodos, e a criação de empresas

¹⁹ A definição de zona central, zona urbana, zona suburbana e zona rural era estabelecida pelo Ato nº 663, de 10 de agosto de 1934, que aprovou a consolidação do Código de Obras, iniciado pela Lei nº 3.427, de 19 de novembro de 1929.

²⁰ Sobre o período, BAZANI, Adamo, "HISTÓRIA: O primeiro balanço financeiro da CMTC", reportagem de 06-06-2021, in "Diário do Transporte", disponível em <https://diariodotransporte.com.br/2021/06/06/historia-o-primeiro-balanco-financeiro-da-cmtc/>, visualizado em 16-12-2021.

tradicionais, com elementos familiares de sustentação ao longo do tempo.

III. Do início da padronização do serviço de transporte de passageiros

Durante o tempo de introdução da CMTC na cidade de São Paulo, houve um crescimento populacional considerável, impactando nos meios de deslocamento viário, o que motivou a adoção das primeiras tentativas de implantação de um meio de transporte de passageiros em massa, que posteriormente veio a se denominar a Companhia do Metropolitano de São Paulo.

De fato, ainda em 1966, o prefeito de então publicou o Decreto nº 6.611, de 31 de agosto, que criou o Grupo Executivo do Metropolitano de São Paulo, responsável por atualizar os estudos que vinham, desde 1927, a trazer as bases da constituição do serviço de trens municipais, utilizando-se de estrutura de superfície e subterrânea. No mesmo ano, em dezembro, fora promulgada a Lei nº 6.988, que autorizava o Município a constituir a Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ.

O pontapé para implantação do sistema de transporte coletivo metroviário na cidade de São Paulo, posto em prática tão somente em 1974, com início de sua operação e a formalização da concessão da atividade pela Lei nº 8.074, de 26 de junho daquele ano, restringindo a concessão dada anteriormente à CMTC, pelo Decreto-Lei nº 365, de 1946, dando nova redação ao seu artigo 2º.

A situação de dualidade de empresas estatais do Município operando em concessão o serviço de transporte encerrou-se após a edição da Lei nº 8.830, de 12 de dezembro de 1978, quando foi executado o projeto de transferência do controle acionário da companhia metroviária ao Governo do Estado de São Paulo, como forma de execução das políticas de transporte de interesse da Região Metropolitana de São

Paulo²¹ e a absorção de suas funções pela então constituída Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A - EMTU/SP²², de modo a integrar o Sistema Metropolitano de Transportes Públicos de Passageiros da Região Metropolitana da Grande São Paulo.

A presença da Companhia do Metropolitano na estrutura administrativa da cidade de São Paulo impactou diretamente no planejamento envolvido com a sucessão da concessão de transporte coletivo vigente desde a década de 1940.

O redesenho da cidade de São Paulo, a partir da Companhia do Metropolitano, passou pela identidade visual da Avenida Paulista e atingiu diretamente o planejamento voltado à atividade de transporte coletivo, mediante a adoção de marcas características, como a identificação de áreas da região da cidade em cores e números e a reformulação da numeração das linhas em operação²³. Esse planejamento seria adotado a partir da nova concessão do serviço de transporte coletivo, que substituiria a relação contratual então vigente com a CMTC.

Nesse sentido, a cidade de São Paulo passou a ser identificada em 9 (nove) regiões radiais e uma região central, cada qual com uma identificação numérica e de cor. Contudo, não houve a assunção do serviço diretamente pelo Poder Executivo Municipal, sendo mais uma vez autorizada a contratação da CMTC, por mais 30 (trinta) anos, a contar da

²¹ Conforme preceitua a Lei Complementar Estadual nº 94, de 29 de maio de 1974.

²² Empresa constituída a partir da autorização dada pela Lei Estadual nº 1.492, de 13 de dezembro de 1977, que posteriormente fora incorporada pela Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano - EMPLASA, conforme Decreto Estadual nº 15.319, de 7 de julho de 1980, e reconstituída a partir da autorização dada pelo Decreto Estadual nº 27.411, de 24 de setembro de 1987, mediante cisão parcial daquela, para atuar exclusivamente no serviços metropolitanos de transporte de passageiros sobre pneus, função essa exercida pelo Departamento de Estradas de Rodagem até então.

²³ *In* LONGO JUNIOR, Celso Carlos. "Design Total: Cauduro Martino - 1967-1977". Dissertação (Mestrado - Área de Concentração: Design e Arquitetura) - FAUUSP. Orientador: Prof. Bruno Roberto Padovano. São Paulo, 2007.

assinatura do termo de concessão, conforme estabelece a Lei nº 8.424, de 18 de agosto de 1976, especialmente seus artigos 1º a 4º. Por seu turno, fora mantida a autorização à CMTC de contratar viagens, por prazo não inferior a 6 (seis) anos, com preferência sobre as então permissionárias, em caso de igualdade de condições (parágrafo único do artigo 9º). No mais, a Municipalidade iria expedir o regulamento do serviço concedido, em até 180 (cento e oitenta) dias. Para disciplinar a contratação de viagens pela CMTC, houve a expedição da Lei nº 8.579, de 7 de junho de 1977, na qual o prazo de contratação seria de 8 (oito) anos (art. 1º, § 2º).

A relação envolvendo a Municipalidade de São Paulo e a CMTC foi objeto de regulamentação pelo Decreto nº 14.621, de 18 de julho de 1977, sendo o contrato firmado em 31-10-1977²⁴.

No que tange à participação de empresas particulares, o regulamento destinado a estabelecer os parâmetros de terceirização dos serviços concedidos à CMTC foi veiculado pelo Decreto nº 14.629, de 22 de julho de 1977, que trouxe em seu bojo a organização da cidade, em 23 (vinte e três) áreas de operação e um setor central²⁵, integrante de todas as áreas operacionais²⁶. As empresas ou consórcios

²⁴ Inteiro teor disponível no Diário Oficial do Município, de 1º-11-1977, pp. 6-8.

²⁵ Área central aqui entendida como a "Contra Rótula Central", compreendida pelo polígono compreendido pelo Largo do Arouche, Av. Duque de Caxias, Rua Mauá, Rio Tamanduateí, Av. Mercúrio, Rua da Figueira, Viaduto da Ligação Leste-Oeste, Av. Brigadeiro Luiz Antônio, Praça Pérola Byington, Rua Jaceguai, Rua Major Diogo, Rua Santo Antônio, Rua Martinho Prado, Rua Augusta, Rua Caio Prado, Rua da Consolação, Rua Rego Freitas, até o Largo do Arouche.

²⁶ Ante a divisão da cidade em 9 (nove) regiões, a região 1 era compreendida pelas áreas operacionais 1, 2 e 3, a região 2 era compreendida pelas áreas operacionais 4 e 5, a região 3 era compreendida pelas áreas operacionais 6, 7, 8 e 9, a região 4 era compreendida pelas áreas operacionais 10, 11 e 12, a região 5 era compreendida pelas áreas operacionais 13 e 14, a região 6 era compreendida pelas áreas operacionais 15, 16 e 17, a região 7 era compreendida pelas áreas operacionais 18 e 19, a região 8 era compreendida pelas áreas operacionais 20 e 21, e a região 9 era compreendida pelas áreas

contratados pela CMTC operariam linhas vinculadas a cada uma das áreas operacionais, sem prejuízo da operação direta pela CMTC. A remuneração dos operadores se daria exclusivamente pela percepção das tarifas cobradas dos usuários, além de participar do rateio nos casos de integração tarifária (vide art. 13 e parágrafos, na redação da pelo Decreto nº 23.182, de 12 de dezembro de 1986). A escolha dos operadores contratados pela CMTC foi concluída pelas então Concorrências nº 1/77²⁷ e 1/78²⁸.

Neste regulamento, as linhas que seriam objeto de disputa pública seriam designadas pela CMTC, as quais seriam “setoriais”, ou seja, que circulariam apenas na área de operação, “intersetoriais”, que seriam linhas que teriam o ponto de início de viagem em uma área operacional e o ponto de destino em outra área operacional, e “radiais”, que conectariam a área operacional à área central (art. 6º do Decreto nº 14.629, de 1977).

Em que pese a adoção dessas denominações para fins de estabelecimento das regras de fixação de linhas entre os contratados da CMTC, dentro do mote de padronização de linhas municipais, utilizou-se dos parâmetros de divisão de regiões da cidade para identificação alfanumérica²⁹. Também

operacionais 22 e 23. A região central possuía o mesmo polígono da área operacional central.

²⁷ Lotes 1 a 3, 5, 7 a 22 adjudicados em despacho publicado no Diário do Município de 07-01-1978, p. 38.

²⁸ Os lotes remanescentes 4, 6 e 23 foram adjudicados.

²⁹ A identificação das linhas municipais deixou de seguir uma ordem numérica, iniciada no nº 1, passando a identificar em sua composição detalhes sobre os locais onde aquela linha realiza os pontos inicial e final, georreferencialmente na cidade. Observada a divisão espacial, as linhas foram organizadas em (i) regionais, (ii) radiais, (iii) interregionais e (iv) diametrais. As linhas regionais e radiais possuíam 4 (quatro) números, sendo a milhar representativa da região onde se localizava o ponto inicial, a centena representando regional (0 ou 7, sendo 7 representativo de integração a alguma estação de metrô) ou radial (1-6) e a dezena e a unidade formando o número sequencial da linha, como característica de distinção. As linhas interregionais e diametrais eram representadas por três números e uma letra, sendo a centena e a unidade representativos de suas regiões de início e final de viagem e a dezena representando ser interregional (1-7, sendo 7

a divisão de áreas fora utilizada para fins de fixação da cor dos veículos dos ônibus das empresas contratadas pela CMTC³⁰, neste caso não se submetendo a essa regionalização os veículos empregados pela própria CMTC.

Finalmente, ainda em 1977, por meio do Decreto nº 14.311, de 3 de fevereiro, é instituído o Sistema de Ônibus Executivo, a ser operado diretamente pela CMTC, com veículos específicos, sendo o embrião do serviço de linhas com veículos de características rodoviárias em trajetos municipais.

IV. Da Municipalização à pluralidade de modais

A proximidade do vencimento dos prazos de contratação das empresas operadoras pela CMTC gerou para o Executivo municipal a necessidade de elaboração de um novo regime de contratação, a ser promovido pela companhia local. Para tanto, fora encaminhado à Câmara Municipal de São Paulo o Projeto de Lei nº 126/1985.

Todavia, ante a proximidade com a eleição geral a ocorrer em novembro daquele ano, a Comissão de Finanças e Orçamento propôs um substitutivo, para apenas autorizar a prorrogação dos contratos então firmados³¹, vindo à lume a Lei nº 10.023, de 26 de dezembro de 1985, que a autorizou

representativo de integração a alguma estação de metrô) ou diametral (0), competindo à letra a característica de distinção entre elas, evitando-se letras que pudessem ser confundidas com números. Tal identificação influencia até os dias atuais, observadas evoluções ocorridas no período.

³⁰ A pintura padrão para as empresas contratadas pelas CMTC era homogênea por área, na parcela inferior do veículo, sendo a parcela superior livre de identificação por qualquer composição de cores, desde que aprovada pelo Poder Público Municipal. Foi o período denominado “saia-e-blusa”, vide BAZANI, Adamo, *in* “HISTÓRIA: São Paulo da década de 1970, uma aquarela dos transportes”, reportagem de 23-12-2018, *in* “Diário do Transporte”, disponível em <https://diariodotransporte.com.br/2018/12/23/historia-sao-paulo-da-decada-de-1970-uma-aquarela-dos-transportes/>, visto em 16-12-2021.

³¹ Vide <https://www.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/projeto/PL0126-1985.pdf>, visualizado em 27-12-2021.

até 30 de junho de 1986, condicionando novas prorrogações à autorização legislativa prévia (art. 1º, *caput* e parágrafo único).

Somente após a ocorrência das eleições municipais, de 1988, houve uma nova propositura de modelagem a ser adotada para fins de contratação de empresas particulares a atuarem, conjuntamente à CMTC, na operação do transporte coletivo de passageiros. Foi a implantação do projeto de “Municipalização” do transporte coletivo: se propunha substituir o modelo tradicional de concessão para a contratação de frota particular a atuar conjuntamente com a frota pública, remunerando a disponibilidade de veículos e tripulação mensalmente. Conforme destaca Milena de Lima e Silva³²:

A proposta de municipalização alteraria o quadro de desvantagem da CMTC – que era aquela que, dentre todas as operadoras, tinha o custo mais elevado do serviço por passageiro. Sobretudo, a proposta alteraria a lógica empresarial privada, que em busca de transportar o maior número de passageiros ao menor custo possível buscava, em última instância, apenas as linhas centrais da cidade, desfavorecendo uma vez mais os bairros periféricos. A transição para outro modelo de remuneração era composta pela seguinte série de medidas: o valor da tarifa seria dissociado do custo do serviço; a remuneração das empresas passaria a ser medida através de um cálculo combinado entre quilometragem rodada

³² *In* “A gestão Luiza Erundina (1989-1992): participação popular nas políticas de transporte”. Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo, Teoria e História da Arquitetura e do Urbanismo. Orientador: Professora Cibele Saliba Rizak. São Carlos, Instituto de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, 2017. Pg. 132.

e número de passageiros transportados; se apenas a distância percorrida fosse cumprida a empresa receberia 80% do valor combinado pelo frete; os 20% restantes deveriam ser pagos mediante a comprovação que a empresa atendeu o número de passageiros esperados pela linha (número estimado através da demanda histórica de cada linha e dos estudos que a própria CPTM, sob comando de Paulo Sandroni, executou); com a tarifa desvinculada do custo do serviço seria possível implantar um financiamento municipal para subsidiar o serviço, subsidiando também parte do valor pago pelo usuário como tarifa.

O regime jurídico da “Municipalização” foi instituído pela Lei nº 11.037, de 25 de julho de 1991, que manteve as funções da CMTC, previstas pela Lei nº 8.424, de 1976, com possibilidade de substituir o contrato firmado com a empresa municipal em 1977 por outro, mantidas as condições então vigentes, mas remodela a forma de contratação de empresas subconcessionárias, regida pela Lei nº 8.579, de 1977. Seu regulamento foi instituído pelo Decreto nº 29.945, de 25 de julho de 1991.

Nesta fase, o Sistema Municipal de Transportes Urbanos do Município de São Paulo passou a ser regido pela Secretaria Municipal de Transportes, facultando-lhe delegar ou contratar a execução das atividades de suas atribuições a órgãos da administração municipal, mantida a contratação de empresas pela CMTC (art. 1º).

Mantida a operação pela CMTC, houve a contratação inicial de 40 (quarenta) lotes de operação de linhas^{33 34}, suprimindo-se a identificação da pintura dos veículos para o branco, com uma faixa horizontal vermelha ao centro da carroceria, e a anotação de um destaque em marrom, amarelo, azul e verde, no meio da faixa vermelha, ao redor dos veículos, para identificar a posição geográfica dos lotes (norte, leste, sul e oeste, respectivamente). A identidade dos números de linhas fora mantida do modelo anterior, com aprimoramentos³⁵. Os contratos firmados pela CMTC vigorariam por 8 (oito) anos, prorrogáveis por mais 2 (dois) anos (art. 3º, § 3º, da Lei nº 11.037, de 1991), com início já em 1992.

As tarifas arrecadadas eram recolhidas em favor da CMTC, as quais deveriam ser utilizadas para fins de remuneração das empresas contratadas, sendo o remanescente destinado a melhorias no Sistema de Transporte e Trânsito (art. 6º da Lei nº 11.037, de 1991).

Por seu turno, a remuneração das empresas contratada envolvia (a) o custo variável do lote contratado, relativos aos custos unitários de combustível, lubrificante e rodagem, (b) a quilometragem mensal remunerável do lote contratado, incluindo a quilometragem ociosa, (c) o custo mensal fixo atribuível ao lote de reserva técnica, mais o custo de remuneração do capital investido em veículos, observada a depreciação em 8 (oito) anos, (d) o custo mensal do lote operacional envolvendo tripulação, operação de garagem e

³³ Homologação dos lotes 01 a 06, 08, 09, 11, 12, 14 a 28, 31 a 40 no Diário Oficial do Município, de 14-11-1991, pg. 74; homologação do lote 29 no Diário Oficial do Município de 03-12-1991, pg. 34, homologação do lote 13 no Diário Oficial do Município de 28-12-1991, pg. 33; homologação do lote 07 no Diário Oficial do Município, de 30-01-1992, pg. 44; homologação do lote 10 no Diário Oficial do Município, de 05-02-1992, pg. 44; homologação do lote 30 no Diário Oficial do Município, de 29-02-1992, pg. 36.

³⁴ Ampliado para 41 (quarenta e um) lotes, a partir da separação do lote 17.

³⁵ Por exemplo, a adoção do numeral 9 para representar também a integração com o sistema metroviário, haja vista a expansão deste e o número maior de linhas promovendo a ligação dos bairros ao metrô.

demais integrantes da administração das companhias, (e) taxa de administração e (f) tributos incidentes (art. 5º da Lei nº 11.037, de 1991).

No mesmo período, o transporte executivo, exercido pela CMTC, passa a ser substituído por empresas particulares a operarem linhas, sob modalidade denominada “Especial”, com uso de ônibus de padrão rodoviário e operação em 6 (seis) áreas distintas, na forma do Decreto nº 29.854, de 24 de junho de 1991. Os contratos vigoraram por 6 (seis) anos, com autorização de prorrogação por mais 2 (dois) anos. Nesta modalidade, a tarifa fixada pelo Poder Público municipal era destinado à remuneração integral à empresa operadora, observado o desconto devido à CMTC para fins de gestão do sistema³⁶.

Por força do surgimento de rotas de transporte executadas por particulares, foi iniciada a regulamentação do serviço denominado Ônibus-lotação, destinado a veículos de transporte a circular nas diversas áreas da cidade, exceto na região central, por meio de empresas e cooperativas de transportadores, conforme autorizou o Decreto nº 31.347, de 20 de março de 1992, que seriam contratados pela CMTC. Esse sistema fora remodelado pelo Decreto nº 33.593, de 12 de agosto de 1993, passando a denominar-se “Bairro a Bairro”, com veículos recebendo alvarás para circulação em linhas específicas, em itinerários previamente aprovados pela Secretaria Municipal de Transportes.

Diferentemente da modalidade comum, a modalidade “Bairro a Bairro” foi concebida como uma forma de autorização, mediante requerimento dos interessados, com indicação de veículo a ser utilizado, qualificação do proprietário, ponto inicial, itinerário da linha e ponto final,

³⁶ A licitação fora homologada no Diário Oficial do Município, de 03-01-1992, pg. 24, e no Diário Oficial do Município, de 09-01-1992, pg. 26.

sendo vedada a coincidência superior a 40% (quarenta por cento) de itinerário das modalidades comum e especial³⁷.

O procedimento para cadastramento fora estabelecido pela Portaria SMT nº 174/1993, publicada no Diário Oficial do Município de 18-08, pg. 42-43, sendo alterada pela Portaria SMT nº 204/1993, publicada no Diário Oficial do Município de 22-10, p. 26³⁸.

Ainda em 1993, houve início ao processo de substituição da operação direta do transporte coletivo de passageiros pela CMTC, com a divisão de operação de linhas e lotes de linhas então por ela operadas para a iniciativa privada, culminando, em 1995, na transformação de suas funções, como contratante de todas as empresas de transporte, passando a exercer o gerenciamento do sistema. Nessa desmobilização, foram acrescentados 28 (vinte e oito) lotes, sendo que alguns com operação de veículos municipais tróleibus (3 lotes) e um compreendendo uma cooperativa de motoristas e cobradores ex-empregados da CMTC. A partir de então, a CMTC passa a se denominar São Paulo Transporte S/A³⁹.

Nos anos seguintes, houve a aprovação da Lei nº 12.328, de 24 de abril de 1997, que criou o sistema de transporte de média capacidade e autorizou a sua concessão, por no máximo 15 (quinze) anos, com possibilidade de

³⁷ As linhas eram identificadas por um conjunto numérico de 4 dígitos, sendo a milhar sempre 0, a centena correspondente à região de São Paulo (1 a 4) e a dezena e a unidade a ordem de criação da linha na região.

³⁸ Essa alteração deveu-se a uma demanda judicial envolvendo a EMTU/SP, tendo em vista que a primeira versão de identidade visual previa uma faixa longitudinal azul por toda a carroceria dos veículos a serem autorizados, de cor branca, justamente a identidade visual adotada por aquela companhia no serviço desenvolvido por ela, em conjunto à Companhia do Metropolitano de São Paulo, para operação do corredor de ônibus do ABC, conforme notícia os *consideranda* da portaria de outubro/1993, sendo o modelo adotado posteriormente de forma definitiva a partir dos manuais de identificação adotados pela Portaria SMT nº 087/1996, publicada no Diário Oficial do Município de 13-04-1996, pp. 26-28.

³⁹ Ata da Assembleia Geral Extraordinária publicada no Diário Oficial do Estado, no caderno Ineditoriais, de 11-03-1995, pg. 20.

prorrogação, para fins de absorção do projeto envolvendo a implantação do denominado “Fura-Fila”. Este sistema não chegou a ser implantado pelo Município.

Finalmente, em razão da proliferação de novos condutores, com utilização de vans e kombis, houve a edição da Lei nº 12.893, de 28 de outubro de 1999, criando a modalidade denominada “Lotação”, com utilização de veículos de menor capacidade, desprovidos de taxímetros⁴⁰.

Importante consignar que no Município o serviço de transporte de passageiros por meio de lotação fora instituído pelo Decreto nº 28.570, de 28 de fevereiro de 1990, por transportadores credenciados diretamente na SMT, com estabelecimento de itinerários específicos e cobrança de tarifa, conforme quilometragem da linha⁴¹. O referido decreto fora sustado pelo Decreto Legislativo nº 114, de 21 de outubro de 1997.

A partir dos parâmetros estabelecidos pelo Decreto nº 38.663, de 11 de novembro de 1999, foram adotadas medidas para delegação, por permissão, ao serviço de “Lotação”, mediante a publicação das Portarias da SMT nº 289/1999 e 12/2000.

O serviço de lotação, observados os parâmetros da lei de 1999, veio a se regularizar apenas a partir de 2002, com a fixação das linhas e distribuição de operadores autorizados⁴².

O mesmo Decreto nº 38.663, de 1999, veio a fixar as regras a serem observadas para fins de concessão do transporte coletivo de passageiros, mediante a adoção da

⁴⁰ A distinção proposta está relacionada à previsão da Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969, alterada pela Lei nº 10.280, de 10 de abril de 1987, que versa sobre o serviço de transporte individual de passageiros em veículos de aluguel à taxímetro, que prevê a figura do “transporte de passageiros por lotação”, com previsão de itinerário básico a ser percorrido.

⁴¹ Eram utilizados veículos denominados “peruas” e similares, com identificação das linhas no formato 9-000, sendo 000 a sequência da linha identificada.

⁴² Houve a identificação dos veículos por cores (6), e a designação de linhas pelo padrão de número de área (1-6), a letra L, e mais um número de dois dígitos para identificação da linha na área de operação (ex. linha 3L14).

legislação federal atinente (Lei Federal nº 8.987, de 1995, e Lei Federal nº 9.074, de 1995).

Contudo, não houve espaço para fins de substituição do conjunto de contratos voltados à operação das linhas do sistema comum. Nesse ínterim, o Serviço Especial passou a deixar de ser operado, sem que houvesse renovação de sua modelagem⁴³.

Com isso, na virada do século, o transporte municipal estava compreendido pelo serviço comum, pelo serviço “Bairro a Bairro” e pelo serviço “Lotação”, bem como a proposta de conclusão de um serviço de média capacidade, ainda em construção.

V. Da consolidação dos serviços e a operação por camadas

A multiplicidade de modais em itinerários às vezes sobrepostos e a iminência do vencimento dos contratos firmados ainda na primeira etapa de vigência da Lei nº 11.037, de 1991, importou ao Município, a necessidade de uma reconfiguração do sistema, passando a disciplinar os diversos níveis e capacidades de transporte municipal, de modo sistêmico, considerando a consolidação da empresa municipal, a SPTrans, como gerenciadora, não mais como operadora.

Houve a edição, com influência da Lei Federal nº 8.987, de 1995, e do então novel Estatuto das Cidades, a edição da Lei nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001, que dispõe sobre a organização do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, distinguindo o Transporte Coletivo Público de Passageiros do

⁴³ A última linha operou até aproximadamente 2007, ante o debate judicial envolvendo o último contrato então vigente entre a operadora e a SPTrans, vide processos nº 0003180-26.2004.8.26.0053 (apelação com nº 9129330-24.2005.8.26.0000) e 0128736-33.2007.8.26.0053 (agravo de instrumento com nº 0147803-46.2007.8.26.0000), envolvendo o debate de prorrogação tácita do contrato, vencido em 05-01-2002, e o encerramento das licitações no modelo a ser implantado a partir de dezembro/2001.

Transporte Coletivo Privado, este último a regular regimes de transporte de segmentos específicos, como o transporte de escolares⁴⁴ e o fretamento⁴⁵ (art. 1º). Contudo, a lei apenas se dedica ao tratamento do Transporte Coletivo Público de Passageiros.

O Transporte Coletivo Público de Passageiros foi organizado em dois Sistemas, um denominado Integrado, que comporia todos os modais regulares, “bairro a bairro” e lotação, e Complementar.

O Sistema Integrado passou a se compor do Subsistema Estrutural, voltado a abarcar as linhas de transporte de demandas elevadas e que promovem a integração entre as diversas regiões da cidade, e do Subsistema Local, com linhas que atendem demandas internas de uma região e alimentam o Subsistema Estrutural (art. 2º, inc. I).

Essa conjugação de subsistemas promove, no âmbito organizacional do Sistema de Transporte Coletivo Público de Passageiros, a introdução do denominado “sistema tronco-alimentador”, em que serviços com veículos de menor porte e menor demanda promovem a captação de passageiros nas diversas regiões urbanas para eixos estruturados de transporte, para fins de um deslocamento em meios de maior capacidade de passageiros⁴⁶. Até então, o regime de linhas de transporte era caracterizado com um conjunto de linhas diretas, conectando os diversos pontos da cidade, por meio

⁴⁴ O transporte coletivo de escolares recebeu seu regime na estrutura municipal pela Lei nº 10.154, de 7 de outubro de 1986, com disposições específicas no âmbito do Código de Trânsito Brasileiro.

⁴⁵ O serviço de fretamento teve seu regramento introduzido pela Lei nº 14.971, de 25 de agosto de 2009, que posteriormente foi substituída pela Lei nº 16.311, de 12 de novembro de 2015.

⁴⁶ Sobre a adoção de esquemas ou sistemas tronco-alimentador, ver LANGENBUCH, Juergen Richard, “Sistemas de Transporte Urbano contando apenas com meios leves, mas parcialmente hierarquizados em esquemas tronco-alimentador”, *in* Geografia, v. 21, nº 2. Rio Claro: UNESP, 1996, pp. 23-65. Disponível em

<https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/ageteo/article/view/14873>, visto em 04-01-2022.

de corredores ou vias estruturantes, à região central, culminando no gigantismo de diversos terminais urbanos então instalados.

Paralelamente, o Serviço Complementar, a ser prestado por operadores do Sistema Integrado ou por terceiros, obedeceria a regramento próprio, a ser expedido pela SMT, como um serviço especial, observada uma tarifa diferenciada e limitações quanto à disponibilidade para os mesmos usuários do regime comum e possibilidade de retribuição ao Subsistema Local (art. 2º, inc. II).

Foi fixada a adoção dos regimes de concessão e de permissão de serviço público, sendo para as concessões fixada a prestação e exploração do transporte coletivo nos Subsistemas Local e Estrutural, e para as permissões a prestação e exploração exclusivamente no Subsistema Local. Adota-se a forma contratual para ambos os regimes, conforme preceitua a Lei Geral de Concessões, de 1995, facultando-se a contratação de pessoas naturais e jurídicas apenas para as permissões (arts. 5º e 6º).

O prazo fixado para a concessão é de 15 (quinze) anos (art. 21, inc. I), facultando-se atingir até 25 (vinte e cinco) anos em casos de elevados investimentos em bens reversíveis (parágrafo único do art. 21). Por seu turno, a permissão fica limitada inicialmente a 7 (sete) anos, com possibilidade de prorrogação por até 3 (três) anos (art. 21, inc. II).

Acerca da reversão de bens, são excluídos os veículos e frota de ônibus, a garagem e as instalações e equipamentos de garagem (art. 25, § 4º), reduzindo o âmbito dos elementos passíveis de serem alocados como reversíveis para fins exclusivos da concessão.

É prevista a constituição de um órgão regulador, mediante lei específica, para disciplinar o Serviço de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros, vinculado à SMT (art. 30), competindo a essa secretaria o exercício dessas funções até sua criação (art. 40).

Também a Municipalidade ficou autorizada a rescindir o contrato firmado com a SPTrans, que vigorava

desde outubro de 1977, para substituir por uma nova relação contratual, consolidando sua figura de gerenciadora do sistema (arts. 37 e 38).

Finalmente, a gestão financeira fica a cargo da SPTrans, com a participação dos concessionários, até a criação de uma sociedade de propósito específico, constituída a partir do regime jurídico das sociedades de economia mista (art. 31 c/c 39)⁴⁷.

Para fins de instrumentalização do procedimento de concessão, fora editado o Decreto nº 42.736, de 19 de dezembro de 2002, que estabeleceu a divisão das áreas do Subsistema Estrutura e Subsistema Local, em 8 (oito) lotes, iguais entre si, mais uma área neutra, agora correspondendo à delimitação do centro expandido⁴⁸. Também ficou definido que a concessão inicial vigoraria por 10 (dez) anos, prorrogáveis por até 5 (cinco) anos (art. 8º, § 2º). O prazo de vigência das permissões foi fixado nos mesmos patamares da lei (art. 10, § 1º), obrigando-se os operadores a se organizarem em cooperativa ou outra forma associativa (art. 13). As tarifas públicas se mantiveram na alçada de competência do Poder Público municipal (art. 16), sendo os operadores remunerados pelo número de passageiros transportados, sendo para as concessões objeto de disputa (art. 17, § 1º) e para as permissões a remuneração com previsão no edital (art. 18).

⁴⁷ A gestão financeira pela SPTrans foi objeto do Decreto nº 42.184, de 11 de julho de 2002, com efeitos presentes, ante a não constituição da nova sociedade de economia mista prevista no art. 31 da lei nº 13.241, de 2001.

⁴⁸ A delimitação do centro expandido, ou mini anel viário, foi realizada pelo Decreto nº 37.085, de 04 de outubro de 1997, para fins de disciplinar o Programa de Restrição ao Trânsito de Veículos Automotores no Município de São Paulo, autorizado pela Lei nº 12.490, de 03 de outubro de 1997, matéria atualmente regida pelo Decreto nº 58.584, de 20 de dezembro de 2018.

Os editais de licitação foram lançados em 28-12-2002⁴⁹, sendo os contratos de concessão firmados em 21-07-2003⁵⁰ e os de permissão firmados em 18-07-2003⁵¹.

Houve, nessa oportunidade, a retomada da identificação dos veículos por cores vinculadas às 8 (oito) áreas de operação, tanto na concessão como na permissão, e a adaptação do número de identificação de linhas dos antigos serviços “Bairro a Bairro” e Lotação ao padrão tradicional, com pequenas alterações em razão da nova divisão espacial e vinculação numérica correspondente⁵². A vinculação de cores, inclusive, orientou a substituição de placas de identificação de vias públicas, com a adoção da cor respectiva, evitando-se a adoção do azul escuro tradicional por toda a cidade.

Como sucessão dos contratos firmados em 2003, foram iniciadas as tratativas para fins de estabelecer as novas regras operacionais no processo licitatório, culminando com a edição do Decreto nº 53.887, de 9 de maio de 2013. Neste decreto, em complemento à legislação local, passa-se a observar os predicados trazidos pela Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que traça os elementos necessários para o desenvolvimento das políticas de mobilidade urbana, trazendo a lume alguns parâmetros de contratação, os quais já se encontravam presentes na legislação paulistana.

Segundo este regramento, seriam mantidas as formalizações de contratos de concessão e de permissão, distinguindo-se apenas na formalização de 12 (doze) contratos de permissão, mantidas as 8 (oito) regiões⁵³. As concessões seriam firmadas por 15 (quinze) anos (art. 7º), enquanto as permissões seriam firmadas por 7 (sete) anos,

⁴⁹ Vide Diário Oficial do Município, de 28-12-2002, p. 105.

⁵⁰ Vide Diário Oficial do Município, de 9-8-2003, p. 26.

⁵¹ Vide Diário Oficial do Município, de 23-7-2003, pp. 33/34.

⁵² A título de exemplo, uma linha remunerada que tinha seu trajeto inicial em São Miguel não adotou o numeral 2, correspondente à divisão estabelecida na década de 1970, mas sim 3, observando-se a corrente divisão geográfica.

⁵³ Passariam a contar com mais de um contrato de permissão as regiões 3, 4, 6 e 8, vide art. 3º, parágrafo único.

prorrogáveis por até 3 (três) anos (art. 9º, § 1º), exclusivas à participação de cooperativas ou consórcios de cooperativas (art. 9º). A remuneração seria por passageiros transportados, observados parâmetros de qualidade de serviços e investimento e frota (art. 15).

Todavia, esse processo fora abandonado como um dos efeitos dos movimentos populares ocorridos ainda em 2013, iniciados com o debate sobre o aumento da tarifa pública de transporte coletivo, passando por questões atinentes à busca por uma melhor qualidade no transporte como um todo, culminando em uma crítica geral sobre os efeitos da economia nacional e os dispêndios vinculados aos eventos internacionais que ocorreriam a partir de então⁵⁴.

Como sucessão, fora publicado o Decreto nº 56.232, de 2 de julho de 2015, o qual dispunha sobre a transferência aos operadores também a realização de programação e controle da operação (art. 2º, incisos III e IV), suprimindo a possibilidade de contratação via permissão, concentrando-se em contratos de concessão, cujas vencedoras constituiriam Sociedades de Propósito Específico (art. 3º), cada qual responsável por um lote. O prazo de concessão passaria a ser de 20 (vinte) anos (art. 8º), em razão da alteração promovida pela Lei nº 16.211, de 27 de maio de 2015, à Lei nº 13.241, de 2001. Também houve redivisão do Subsistema Local, em Grupos Local de Articulação Regional e Local de Distribuição, sendo o lote de linhas do primeiro grupo então integrante dos contratos de concessão até então, resultando em uma divisão espacial em três níveis, sendo o Subsistema Estrutural composto unicamente pelo Grupo Estrutural, em 5 (cinco) lotes, o Grupo Local de Articulação Regional em 9 (nove) lotes,

⁵⁴ Acerca das manifestações de 2013, cite-se o trabalho de SOUZA, Rafael de. "Cenários de protesto: Mobilização e espacialidade no ciclo de confronto de junho de 2013". Tese de Doutorado. Orientadora: ALONSO, Ângela Maria. São Paulo: 2018, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, e HADDAD, Fernando. "Vivi na pele o que aprendi nos livros: um encontro com o patrimonialismo brasileiro", *in* "Revista Piauí". 208. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/vivi-na-pele-o-que-aprendi-nos-livros/?amp>. Visto em 11-01-2022.

incluso o serviço de trólebus, e o Grupo Local de Distribuição em 13 (treze) lotes (art. 12).

A partir desses parâmetros, foram lançados os editais nº 1 a 3/2015, pela SMT⁵⁵, os quais foram objeto de suspensão por parte de deliberação do Tribunal de Contas do Município de São Paulo⁵⁶, com autorização de retomada apenas a partir da deliberação colegiada de 13-07-2016⁵⁷, condicionando à retomada do certame apenas com o atendimento a 13 (treze) pontos remanescentes.

Com a necessidade de atendimento aos limites impostos pelo TCM, mais a realização de eleições no mesmo ano, somente em 2018 o Executivo Municipal expediu o Decreto nº 58.200, de 19 de abril, com os parâmetros necessários para prosseguimento do certame.

Neste, a programação e o controle da operação retornaram ao Poder Executivo (art. 4º). Foi realizada nova divisão de áreas, passando o Grupo Estrutural a ser composto de 9 (nove) lotes, o Grupo Local de Articulação Regional de 10 (dez) lotes, incluindo o lote de operação de trólebus, e o Grupo Local de Distribuição com 13 (treze) lotes (art. 13), sendo suprimida a obrigatoriedade de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico por contrato. A remuneração pela operação passa a ser composta pelos custos do serviço e número de passageiros, sendo observados parâmetros de qualidade e ganhos de produtividade na operação (art. 20, inc. I).

Os editais nº 1 a 3/2015 são relançados em 07-08-2018⁵⁸, sendo brevemente suspenso novamente pelo Tribunal de Contas, mas vindo a lume nova publicação, em 24-11-2018⁵⁹, com a conclusão do certame em 29-03-2019⁶⁰

⁵⁵ Avisos de licitação lançados no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, de 14-10-2015, p. 117.

⁵⁶ Processos TCs nº 3.825/15-45, 3.826/15-08 e 3.830/15-85.

⁵⁷ Ata publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, de 06-08-2016, pp. 96-111.

⁵⁸ Vide Diário Oficial da Cidade de São Paulo, mesma data, pp. 77-78.

⁵⁹ Vide Diário Oficial da Cidade de São Paulo, mesma data, p. 327.

⁶⁰ Vide Diário Oficial da Cidade de São Paulo, mesma data, p. 73.

(Grupo Local de Distribuição) e em 05-04-2019⁶¹ (Grupo Estrutural e Local de Articulação Regional).

Posteriormente, em 22-05-2019, sobreveio a decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2252821-36.2018.8.26.0000, que reconheceu a inconstitucionalidade da alteração de prazo de vigência da concessão de transporte, restabelecendo-se o prazo de 15 (quinze) anos⁶². Neste caso, houve manutenção dos contratos, com a readequação de seus termos para o período menor.

VI. Presente e futuro da concessão de transporte coletivo na cidade de São Paulo?

O transporte coletivo, na modelagem que vem sendo construída durante toda a história da cidade, possui potencial

⁶¹ Vide Diário Oficial da Cidade de São Paulo, mesma data, p. 71.

⁶² A inconstitucionalidade foi reconhecida por se tratar de alteração em projeto de lei do executivo em matéria que não guardava estreita relação com o conteúdo da norma, nestes termos:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ARTIGO 7º DA LEI MUNICIPAL Nº 16.211, DE 27 DE MAIO DE 2015, QUE ALTEROU O INCISO I DO ART. 21 DA LEI Nº 13.241 DE 2001, AMPLIANDO PARA 20 (VINTE) ANOS O PRAZO CONTRATUAL PARA AS CONCESSÕES DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO DA CAPITAL - DISPOSITIVO LEGAL ORIUNDO DE EMENDA PARLAMENTAR, ALTERANDO PROJETO DE LEI DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - TEXTO PRIMITIVO QUE DISCIPLINAVA TÃO SOMENTE A CONCESSÃO DE TERMINAIS DE ÔNIBUS - ABUSO DO PODER DE EMENDA POR IMPERTINÊNCIA TEMÁTICA - RECONHECIMENTO - VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO - PRECEDENTES - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - AÇÃO PROCEDENTE". "São inconstitucionais os atos normativos que resultem de emendas parlamentares a projeto de lei de iniciativa reservada que não guardem estrita relação com a matéria objeto da proposição legislativa originária, ou que desvirtuem a sua essência".

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2252821-36.2018.8.26.0000; Relator (a): Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 22/05/2019; Data de Registro: 23/05/2019)

necessidade de se adaptar às novas forma de deslocamento dos usuários.

Em que pese a reestruturação promovida pela Lei nº 13.241, de 2001, que possibilitou a realização de dois certames de concessões, diferente dos regimes anteriores, sempre superados por novos instrumentos legais, prevalecendo na atualidade o deslocamento intrarregional e interregional, não apenas o deslocamento radial pela cidade, outros elementos surgidos na realidade urbana podem ser vetores de revisão, ainda que futura, do que será a regulação do transporte de passageiros.

O primeiro ponto a ser observado é o avanço da tecnologia como forma de intermediação de usuário e transportador.

O fenômeno da introdução dessas tecnologias, voltadas ao transporte individual de passageiros, por diversos países, incluindo o Brasil e nas grandes cidades, trouxe um grande debate entre o regime jurídico de transporte por veículos por táxis e medidas de proteção a essa modalidade, em face da pulverização do novos motoristas, acionados por aplicativos disponibilizados à população por empresas diversas, muitas vezes sem prévia submissão ao Poder Público local.

A popularização de celulares inteligentes e o crescente recesso econômico no país possibilitou a um número considerável de motoristas dispostos a realizar viagens para os usuários cadastrados em plataformas disponibilizadas por grandes empresas, viabilizando essa intermediação e rastreamento de viagens, sabendo-se de antemão os custos da viagem e retirando o dinheiro em espécie nessas transações.

A reação de diversos Poderes Públicos locais, na defesa dos regimes de taxis, fora repelida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2019, valorando, assim, a legislação federal e a defesa da livre iniciativa e livre concorrência⁶³.

⁶³ Julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 1.054.110 e da ADPF nº 449, sendo objeto do Tema nº 967.

Durante o trâmite das demandas judiciais, fora publicada a Lei Federal nº 13.640, de 26 de março de 2018, que alterou a Lei Federal nº 12.587, de 2012, para disciplinar esse novo modal, com inclusão de dispositivos, especialmente os artigos 11-A e 11-B.

Não obstante a concorrência direta com os modais de táxi, pela maior disponibilidade de motoristas e flexibilização de rotas, existe, aqui, um elemento para trespasse de parte dos usuários do sistema de transporte coletivo, mediante a transposição para outro modal, com uma proposta mais ágil de cobrança e de viagens personalizadas.

Ante o diferencial de cobrança, sendo o transporte coletivo custeado pelos usuários a partir de uma tarifa pública previamente definida, no mais das vezes em valor unitário, a tendência é a manutenção da demanda de usuários pelo modal de transporte coletivo, pelo seu valor, sua disponibilidade e pela frequência observada nas rodas pré-determinadas. Todavia, não se mostra o transporte coletivo como apto a atrair novos usuários, especialmente aqueles que dispõem de veículo próprio, que podem encontrar nas plataformas um meio mais cômodo para substituir o veículo de viagem.

Por seu turno, existem tentativas de emplacar aplicativos voltados ao transporte por veículos de maior capacidade, mediante compartilhamento de viagens com rotas pré-estabelecidas. Em regra, tais tentativas não têm obtido grande êxito na cobrança individualizada de viagens, sob pena de incidência em regras de transporte clandestino, por falta de autorização, remanescendo no transporte privado, mediante pagamento de reserva por períodos superiores à viagem individualizada.

Este cenário, como se observa, pode gerar impacto sobre as modelagens de transporte coletivo de passageiros, haja vista que a sustentabilidade de sistemas depende de aporte de recursos por parte de usuários e a diminuição de participação do Poder Público local no custeio, haja vista a existência de outros encargos assumidos por este dentro da

limitação orçamentária, e a fuga de potenciais novos usuários a outras soluções de mercado pode gerar um incremento de custeio público, para manter a atualidade da tecnologia utilizada pelos operadores, sem que isso resulte em captura de novos clientes do serviço público, gerando déficit quanto à sustentabilidade do sistema.

Outro elemento a ser considerado, que acometeu o país desde 2020, é a questão do aumento do teletrabalho. Com efeito, a aceleração da adoção do teletrabalho decorreu da pandemia de coronavírus, iniciada no Brasil em março de 2020, com a tomada de medidas por parte de governos regionais e locais de restrição de circulação de pessoas, de modo a conter a disseminação do vírus e o sobrecarregamento do sistema de saúde.

Superado o impacto inicial, com a retomada das atividades, especialmente em função do uso de máscaras e a vacinação da população, os serviços de transporte coletivo voltaram a receber parte dos antigos usuários, mas se observa a ausência considerável de aproximadamente 1.000.000 (um milhão) de pessoas no sistema⁶⁴.

A transição forçada para o trabalho em casa, além de possibilitar às empresas uma nova forma de aproveitamento de espaços internos, com revezamento de equipes, impactou diretamente sobre o número de usuários no sistema de transporte, os quais deixam de circular pela cidade, importando em redução de receitas aos operadores, ainda que mantida a frota necessária para o uso total, sob risco de criar maior tempo de espera pela redução de veículos na rua e, com isso, desincentivar, a longo termo, o uso do transporte coletivo.

Esse elemento, ainda presente, é de vital importância a compreender a saúde financeira necessária para a

⁶⁴ Conforme relatórios diários publicados pela SPTrans em seu site, antes da pandemia fora registrados 3.273.392 passageiros (março/2020), sendo nos últimos meses de 2021 registrado a presença de aproximadamente 2.200.000. Vide <https://www.sptrans.com.br/passageiros-transportados>, visto em 13-1-2022.

continuidade de um projeto econômico apto a manter o serviço público em nível de qualidade e disponibilidade aptos a manter uma clientela que se mostra equilibrada com os aportes financeiros do Poder Público, a garantir a modicidade tarifária.

Portanto, a aceleração do teletrabalho importa em elemento vital de se perceber a modelagem econômica apta a justificar o regime jurídico capaz de absorver a situação imediata do transporte coletivo público de passageiros e como se dará esse equilíbrio, de modo que o concessionário continue a evolução quanto às tecnologias envolvidas para fins de manter o serviço em qualidade e atualidade aptos a desenvolver um deslocamento com eficiência, celeridade e garantido quanto ao resultado pretendido pelo usuário.

Conclusão

O desenvolvimento da atividade de transporte coletivo da cidade de São Paulo encontra-se atrelado ao avanço da própria Urbe, buscando a cobertura de prestação do serviço de deslocamento, além de buscar meios de atendimento à população quanto à sua cobertura e a disponibilização de linhas, mantidas ora pelo poder público local, ora por particulares.

A exploração de rotas de transporte municipal, desde o Século XIX, envolvia prévia autorização local, inclusive sendo necessária a intervenção pública no que tange a sanar conflitos de concorrência e impactos econômicos na existência de diversas rotas particulares.

Em sequência, com a virada do século e a introdução de capital estrangeiro, vinculado a serviços de fornecimento de energia elétrica, houve a assunção da operação por um novo meio de transporte, com a introdução do bonde elétrico, que duraria até meados dos anos 1920, com a consequente desmobilização parcial a partir de então e investimento em veículos com motor a combustão.

Com a saída da empresa estrangeira do ramo de transporte coletivo de passageiros, sem possibilidade de absorção pelos então operadores particulares, que possuíam rotas mais modestas e pouco capital disponível, abriu-se a oportunidade de constituição de empresa municipal, a CMTC, para fins de adquirir a infraestrutura existente e dar início à operação pública do transporte. Essa participação, todavia, não suplantou a totalidade dos operadores particulares, que continuaram a atuar na cidade, agora sob regime contratual com a companhia municipal.

O desenvolvimento da cidade impôs a necessidade de estabelecimento de novos parâmetros para fins de prestação do serviço de transporte coletivo de passageiros à população, concentrando o planejamento na CMTC, mediante a operação de todas as linhas existentes, diretamente ou mediante contratos com empresas ou consórcios, em áreas delimitadas. Neste ínterim, foram adotados padrões de identificação de veículos de empresas permissionárias e uma nova tipologia de classificação de linhas e numeração, sendo estas características replicadas até os dias atuais.

O modelo de contratação de empresas permissionárias encontrou sua limitação durante o período de redemocratização, com a adoção de medidas de municipalização do serviço, que não avançaram a contento, sendo posteriormente superada pela adoção de medidas de desmobilização da operação de transporte diretamente pela CMTC, com a transferência de frota e de linhas à iniciativa privada, concentrando-se no gerenciamento do sistema. Nesse momento, o aparecimento de particulares interessados em atuar no transporte coletivo promoveram a necessidade de regulação do setor, com o acréscimo inicial de proprietários de ônibus (“Bairro a Bairro”) e posteriormente com veículos de menor porte (vans).

Esta pluralidade de modais exigiu uma consolidação efetiva, com a adoção de medidas de planejamento de transporte mais atuais, superando o rito tradicional de

ligações radiais para uma concentração de operações tronco-alimentadoras, destinando contratos distintos para cada modalidade, exigindo dos concessionários e permissionários investimentos em frota compatível com o nível de serviço necessário para tanto.

Essa nova regulação pôs fim aos últimos resquícios de instrumentos contratuais que vigiam desde final da década de 1970, colocando todo sistema sob o mesmo regime jurídico, sendo apto a ser objeto de duas licitações, hoje centrado em concessões de operação de linhas.

Não obstante esse cenário de mais de um século de evolução, novos desafios se mostram importantes para fins de estudo quanto à sustentabilidade do sistema, com o avanço de tecnologias voltadas ao transporte de passageiros, com novos atrativos de viagens por veículos particulares, bem como a recente pandemia de coronavírus, que importou numa redução de busca de transporte coletivo de passageiros, especificamente observando uma aceleração de atividades de teletrabalho.

A constante renovação do regime jurídico do transporte coletivo é, sempre, resultado de um ponto de inflexão decorrente de situações pretéritas, recentes ou acumuladas no tempo, mas que precisam ter seu fundamento também com foco em situações presentes e, se possível, previsões palpáveis a partir dos elementos presentes. De fato, uma pandemia que influi na aceleração da diminuição de deslocamentos de forma abrupta dificilmente seria previsível em contratos de longo termo se não dispomos de histórico recente sobre o tema, mas o avanço de tecnologias é elemento já presente, com possibilidades futuras de muitas transformações de como a cidade irá lidar com seus movimentos internos.

Por conseguinte, estando o regime jurídico vigente calcado em instrumentos contratuais recém firmados, a tendência de rediscussão sobre o modelo de sistema de transporte coletivo estará em menor impacto pela próxima década, contudo não pode perder de vista que

aprimoramentos podem, e devem, ser viabilizados, desde já, e não sendo hábeis de serem incorporados ao regime atual, devem nortear a estrutura jurídica necessária para a renovação do serviço no futuro, com elementos mais aptos a absorver mudanças abruptas que possam influir no desenvolvimento da atividade na cidade, como forma de tornar atual a prestação de serviço ao usuário, sempre no convencimento de novos clientes pela qualidade e segurança quanto à confiabilidade do serviço, de modo a tornar sustentável o equilíbrio entre o suporte público de recursos e o ingresso de tarifas com as tecnologias novas apresentadas e o conforto quanto à estrutura disponibilizada, seja pública, seja privada em parceria.

REFERÊNCIAS

BAZANI, Adamo, "HISTÓRIA: O primeiro balanço financeiro da CMTC", reportagem de 06-06-2021, in "**Diário do Transporte**", disponível em <https://diariodotransporte.com.br/2021/06/06/historia-o-primeiro-balanco-financeiro-da-cmtc/>.

BAZANI, Adamo, in "HISTÓRIA: São Paulo da década de 1970, uma aquarela dos transportes", reportagem de 23-12-2018, in "**Diário do Transporte**", disponível em <https://diariodotransporte.com.br/2018/12/23/historia-sao-paulo-da-decada-de-1970-uma-aquarela-dos-transportes/>.

CAMPOS, Marcos Lopes. "A política das linhas de ônibus", in **IV Seminário Discente da Pós-Graduação em Ciência Política da USP**, 7 a 11 de abril de 2014. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2014.

CAMPOS, Marcos Vinicius Lopes. "O mercado de viagens e as disputas em torno das linhas de ônibus", in "**Novos Estudos**", v. 35.02, julho/2016. São Paulo: CEBRAP, 2016, pp. 35-53.

CORRÊA, Maria Letícia. Light (verbetes). In: Alzira Alves de Abreu. (Org.). **Dicionário Histórico-Biográfico da Primeira República: 1889-1930** [recurso eletrônico]. 1ed. Rio de Janeiro: FGV - Editora do CPDOC, 2015, v. 1, p. 1-6.

DIAS, Rafael Ayres de Carvalho. "**Usina elevatória de tração**: um marco para a expansão urbana em São Paulo. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

FERREIRA, Teonia de Abreu. **Uma configuração do espaço urbano do município de São Paulo, por meio dos itinerários das linhas de ônibus**: paisagens urbanas e memórias dos itinerantes (1960-1985). 2008. Tese (Doutorado em História Econômica) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/T.8.2008.tde-04072008-142032.

FUKUDA, Jorge. "A privatização da CMTCC", in **Revista de Direito Administrativo**, v. 202, out/dez 1995. Rio de Janeiro: FGV, 1995, pp. 89-96.

GREENFIELD, Gerald Michael, "Algumas notas sobre a história da viação urbana no velho São Paulo", in **Revista de História**, v. 49, nº 99. São Paulo: Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1974, pp. 117-143.

HADDAD, Fernando. "Vivi na pele o que aprendi nos livros: um encontro com o patrimonialismo brasileiro", in "**Revista Piauí**". 208. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/vivi-na-pele-o-que-aprendi-nos-livros/?amp>.

HENRY, Etienne, ZIONI, Silvana. "Ônibus na metrópole, articulações entre iniciativa privada e intervenção pública em São Paulo", in "**Viação Ilimitada**", BRASILEIRO, Anísio, HENRY, Etienne (coord). Belo Horizonte: Cultura Editores Associados, 1999.

LANGENBUCH, Juergen Richard, "Sistemas de Transporte Urbano contando apenas com meios leves, mas parcialmente hierarquizados em esquemas tronco-alimentador", in **Geografia**, v. 21, nº 2. Rio Claro: UNESP, 1996, pp. 23-65. Disponível em <https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/ageo/article/view/14873>.

LONGO JUNIOR, Celso Carlos. "**Design Total: Cauduro Martino - 1967-1977**". Dissertação (Mestrado - Área de Concentração: Design e Arquitetura) - FAUUSP. Orientador: Prof. Bruno Roberto Padovano. São Paulo, 2007.

ROCHA JUNIOR, Mário. "**Privatização da CMTC: questões a considerar sobre eficiência**". Monografia. Orientador Prof. Luiz Antônio Teixeira Vasconcellos. Campinas: Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, 1995.

SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles, GEMIO, Natalie Melamed. "A atuação dos Tribunais de Contas e seu impacto na modelagem de projetos: o caso da licitação dos ônibus no Município de São Paulo", in TAFUR, Diego Jacome Valois, JURKSAITIS, Guilherme Jardim, ISSA, Rafael Hamze (coord), "**Experiências Práticas em Concessões e PPP: estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**". Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SILVA, Heloísa Barbosa. Batalhas pelo Monopólio. História & Energia. São Paulo, nº 1, p. 46 a 50, mai/1986. KÜHL, Júlio Cesar Assis. Oficinas Gerais da Light no Cambuci: 1895-1953.

Memória Energia. São Paulo, nº 25, p. 30-40, abr/dez1998.
SOUZA, Edgard. História da Light: primeiros 50 anos. São Paulo, Eletropaulo, 1982, apud <http://acervo.energiaesaneamento.org.br/consulta/ExibirDetalhes.aspx?funcao=kFundo&id=15>.

SILVA, Milena de Lima e. **“A gestão Luiza Erundina (1989-1992): participação popular nas políticas de transporte”**. Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo, Teoria e História da Arquitetura e do Urbanismo. Orientador: Professora Cibele Saliba Rizak. São Carlos, Instituto de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, 2017.

SOUZA, Rafael de. **“Cenários de protesto: Mobilização e espacialidade no ciclo de confronto de junho de 2013”**. Tese de Doutorado. Orientadora: ALONSO, ngela Maria. São Paulo: 2018, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

STIEL, Waldemar Corrêa. **“História do Transporte Urbano no Brasil: história dos bonde e trólebus e das cidades onde eles trafegaram”**. Brasília: EBTU, 1984.

TOMASEVICIUS FILHO, E. A regulação dos transportes coletivos por ônibus no Município de São Paulo. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 97, p. 287-303, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67548>.

A Tutela de Direitos da Personalidade sob a ótica da análise econômica do Direito

The Protection of the Civil Rights of Person from the perspective of the Law and Economics

Carlos Antonio Matos da Silva¹

RESUMO

Este trabalho analisa a tutela dos direitos da personalidade sob a ótica da análise econômica do direito. Assim, primeiramente, diferencia-se os atos ilícitos indenizantes, autorizantes, caducificantes ou invalidantes. Logo depois, analisa-se as tutelas preventivas e repressivas, uma vez que a tutela dos direitos da personalidade, sob a perspectiva da análise econômica do direito, adota um conceito de precaução instrumental. De fato, as tutelas inibitória e de remoção do ilícito destinam-se a incentivar a adoção de níveis ótimos de precaução, visando a evitar lesão a direitos da personalidade. Ocorrida a lesão, passa-se para a tutela indenizatória, objetivando compensar os danos morais. Nesse cenário, a definição de culpa ocorrerá por meio da utilização da fórmula de Hand, que se baseia na análise do custo-benefício da conduta do ofensor. Por fim, para a quantificação do valor da compensação do dano moral, adota-se o critério bifásico, a fim de evitar indenizações irrisórias ou exorbitantes. Assim, na primeira fase, fixa-se um valor básico de indenização com fundamento em precedentes. Na segunda fase, esse valor básico poderá ser

¹ Procurador do Município de São Paulo. Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. E-mail: cantoniosilva@prefeitura.sp.gov.br

majorado ou reduzido, segundo as circunstâncias do evento danoso. Desse modo, o ofensor irá internalizar a externalidade negativa advinda de sua conduta, de forma razoável e proporcional.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Direitos da personalidade; Tutela inibitória; Fórmula de Hand; Quantificação do dano moral.

ABSTRACT

This paper analyzes the protection of personality rights from the standpoint of the law and economics. Thus, firstly, it differentiates between indemnifying, authorizing, caducifying or invalidating illicit acts. Next, we analyze preventive and repressive injunctions, since the protection of personality rights, from the perspective of the law and economics, adopts a concept of instrumental precaution. In fact, injunctions and injunctive relief are intended to encourage the adoption of optimal levels of precaution in order to avoid injury to personality rights. Once the injury has occurred, we move on to indemnity protection, aiming to compensate moral damages. In this scenario, the definition of guilt will occur through the use of Hand's formula, which is based on the cost-benefit analysis of the offender's conduct. Finally, a biphasic criterion is adopted to quantify the amount of compensation for moral damage, in order to avoid derisory or exorbitant compensation. Thus, in the first phase, a basic compensation amount is established based on precedents. In the second phase, this basic amount may be increased or reduced, according to the circumstances of the harmful event. In this way, the offender will internalize the negative externality arising from his conduct, in a reasonable and proportional manner.

Keywords: Law and Economics; Civil rights of person; Injunctive redress; Hand rule; Quantification of the moral damage.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é discutir a tutela dos direitos da personalidade sob a ótica da análise econômica do direito.

A tutela dos direitos da personalidade exige um caráter dinâmico e dialoga com as mudanças sociais.

A proteção dos direitos da personalidade exige uma tutela qualitativamente diversa daquela conferida aos direitos patrimoniais, sejam reais ou obrigacionais. De fato, diferentemente do que ocorre com os direitos patrimoniais, a indenização, por si, não é capaz de conferir a adequada, efetiva e tempestiva proteção aos interesses existências mais relevantes do ser humano.

Assim, precedentemente serão analisados os atos ilícitos, diferenciando aqueles que resultam no dever de indenizar daqueles que não originam o dever de ressarcir ou reparar.

Ademais, em razão de seu denso conteúdo axiológico, verificar-se-á que a proteção dos direitos da personalidade exige diferentes técnicas fundadas na concepção de pessoa humana, cujos valores existenciais mais significativos merecem proteção.

Desse modo, por meio da análise econômica do direito, passar-se-á em revista às tutelas preventivas e repressivas, a fim de identificar se a tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito ou tutela indenizatória será a mais adequada e efetiva.

Com efeito, para a individuação da tutela mais adequada e efetiva à proteção dos direitos da personalidade,

considerar-se-á o seu momento de efetiva implementação, os custos endógenos do direito, bem como os custos de transação exógenos ao direito.

De mais a mais, propor-se-á a utilização da fórmula de Hand para a determinação da negligência e da diligência da parte ofensora, bem como a do critério bifásico para o arbitramento equitativo do valor da reparação do dano moral.

Para investigar as condicionantes da tutela dos direitos da personalidade sob a ótica da análise econômica do direito, este trabalho analisará a produção teórica de eminentes doutrinadores, aproveitando-a no desenvolvimento de todo o texto, bem como a experiência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do tema.

2. Ato Ilícito

O *ato ilícito* é aquele que, contrário a um dever preexistente, implica na violação do ordenamento jurídico. Logo, essa humana conduta voluntária, por ser contrária ao direito, não pode ser considerada *ato jurídico*. Todavia, por se tratar de um acontecimento no mundo fenomênico que viola o ordenamento jurídico, o *ato ilícito* será tido como *fato jurídico em sentido amplo*, uma vez que os seus efeitos são disciplinados pelo direito.

Esse, aliás, é o pensamento do professor Flávio Tartuce, senão vejamos:

De início, o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato

ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei. (TARTUCE, 2021, p. 791. *E-book*)

Caio Mario da Silva Pereira, de forma semelhante, entende que o ato ilícito, por ser contrário à ordem jurídica, não pode ser considerado um ato jurídico.

A conduta humana pode ser obediente ou contraveniente à ordem jurídica. O indivíduo pode conformar-se com as prescrições legais ou proceder em desobediência a elas. No primeiro caso encontram-se os *atos jurídicos*, entre os quais se inscreve o negócio jurídico, estudado antes, caracterizado como declaração de vontade tendente a uma finalidade jurídica, em consonância com o ordenamento legal, e os atos jurídicos lícitos que não sejam negócios jurídicos (Código Civil, art. 185). No segundo estão os *atos ilícitos*, concretizados em um procedimento em desacordo com a ordem legal. O ato lícito, pela força do reconhecimento do direito, tem o poder de criar faculdades para o próprio agente. É *jurígeno*. Mas o ato ilícito, pela sua própria natureza, não traz a possibilidade de gerar uma situação em benefício do agente. O ato lícito, pela sua submissão mesma à ordem constituída, não é ofensivo ao direito alheio; o ato ilícito, em decorrência da própria iliceidade que o macula, é lesivo do direito de outrem. Então, se o ato lícito é gerador de direitos ou de obrigações,

conforme num ou noutro sentido se incline a manifestação de vontade, o ato ilícito é criador tão somente de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem. (...) Como categoria abstrata, o *ato ilícito* reúne, na sua etiologia, *certos requisitos* que podem ser sucintamente definidos: a) uma *conduta*, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior; b) a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma; c) a *imputabilidade*, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito. (PEREIRA, 2017a, p. 523. *E-book*.)

Nesse diapasão, o art. 186 do Código Civil² consagra o dever geral de não causar dano, decorrente do princípio *neminem laedere*. Trata-se de ilícito subjetivo, pois se exige a culpa para restar caracterizado. Para além da conduta culposa contrária ao direito, a norma exige a causação do dano.

O art. 187 do CC³, por sua vez, trata do abuso de direito ou ato emulativo. Consiste em ilícito objetivo, pois

² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

prescinde da análise da culpa. Ademais, não se exige que o ato abusivo cause dano para ser considerado ilícito. De fato, basta que o exercício do direito exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes para ser considerado ilícito.

As excludentes de ilicitude previstas no art. 188 do CC⁴ retiram da conduta a contrariedade ao direito. Assim, a despeito de causar dano, o ato será considerado jurídico. Importante ressaltar que, como as excludentes de ilicitude não rompem o nexo de causalidade, é possível que a conduta, a despeito de ser lícita, não afaste e responsabilidade civil⁵.

Destarte, infere-se que há atos lícitos que resultam no dever de indenizar e atos ilícitos que não originam o dever de ressarcir ou reparar. Todavia, para estes atos ilícitos pode haver a previsão de sanções autorizantes, caducificantes ou invalidantes.

Uma das mais conhecidas associações, que se faz a respeito dos ilícitos, diz respeito aos efeitos por eles produzidos. De fato, sempre que se pensa em ilícito

⁴ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁵ Nesse sentido, o Código Civil dispõe, *in verbis*:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

civil, relaciona-se, quase que intuitivamente, o dever de indenizar, como eficácia naturalmente produzida. (...) Não é possível, teoricamente, manter a tradicional associação. Primeiro, responsabilidade civil é efeito, não é causa. Seu isolamento temático induz a certas análises equivocadas, que ofuscam o fato jurídico, lícito ou ilícito, que origina o dever de indenizar. (...) A responsabilidade civil – cabe sempre repetir – é feito de certos ilícitos civis, não de todos. (...) É interessante, portanto, sob o prisma teórico, mostrar que não existe uma relação necessária entre os ilícitos civis e o dever de indenizar. Esse dever, bem vistas as coisas representa a eficácia de uma espécie de ilícito – o ilícito indenizante -, sem que possa ser tido, ademais, como propriedade exclusiva sua, mercê da possibilidade de surgir como eficácia produzida por um ato lícito. (FARIA; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 573-575)

No ilícito autorizante, o ordenamento jurídico faculta ao ofendido ou terceiro a prática ou a abstenção de determinado ato, como efeito do ato ilícito.

À guisa de exemplo, os art. 557 e 558 do Código Civil⁶ facultam ao doador revogar a doação como resultado da

⁶ Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;

II - se cometeu contra ele ofensa física;

III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;

IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

prática de ato ilícito pelo donatário. Oportuno ressaltar que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mérito do REsp 1.593.857, decidiu que o rol do artigo 557 do Código Civil é *numerus apertus*, e não *numerus clausus*. No caso em julgamento, foi admitida a revogação da doação de um imóvel motivada por profunda ingratidão dos familiares da doadora.

No ilícito invalidante, há a ausência de requisito ou a presença de defeito que compromete a validade do ato, que engloba tanto a nulidade quanto a anulabilidade.

Assim, por exemplo, os arts. 158, 159 e 171, II, do Código Civil⁷ possibilitam a anulação de negócio jurídico por vício resultante de fraude contra credores.

A comprovação da ocorrência de fraude contra credores exige a anterioridade do crédito, a comprovação de prejuízo ao credor (*eventus damni*) e que o ato jurídico praticado tenha levado o devedor à insolvência.

Art. 558. Pode ocorrer também a revogação quando o ofendido, nos casos do artigo anterior, for o cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador.

⁷ Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

(...)

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

(...)

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Para além disso, na hipótese do art. 158, não se exige que o terceiro adquirente conheça o estado de insolvência do devedor (*scientia fraudis*).

10. Ignorância. Para anular-se o negócio jurídico por fraude contra credores, na hipótese do CC 158, não se exige a intenção de fraudar (o *consilium fraudis* ou a *scientia fraudis*). Ainda que o devedor, o adquirente ou o beneficiário do ato gratuito de transmissão ou remissão de dívidas ignore que o negócio reduzirá a garantia ou conduzirá o devedor à insolvência, o negócio jurídico fraudulento é passível de anulação. A causa da anulação deixou de ser *subjetiva* (manifestação da vontade com intenção de fraudar – *consilium fraudis* ou *scientia fraudis*), para ser *objetiva* (redução do devedor à insolvência). (NERY JUNIOR; NERY, 2017, p. 605)

O art. 159, ao contrário, exige a *scientia fraudis*, ou seja, a ciência do estado de insolvência do devedor. Nesse sentido, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mérito do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.294.462 - GO, decidiu que se deve impor ao credor o ônus de demonstrar o *consilium fraudis*, visando a assegurar a operabilidade ao instituto da fraude contra credores. Assim, o credor tem de demonstrar que houve conluio fraudulento entre alienante e adquirente, com o objetivo de frustrar o recebimento de quantia que lhe é devida.

No ilícito caducificante, o ordenamento jurídico impõe a perda de um direito como consequência direta e imediata da prática de ato ilícito. À guisa de exemplo, pode-

se citar a aplicação da pena de sonegados, prevista no artigo 1.992 do Código Civil⁸.

Assim, aquele que oculta bens do inventário que estejam em seu poder comete ato ilícito, cuja pena é a perda do direito que sobre eles lhe cabia. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o mérito do Recurso Especial nº 1.567.276 – CE, decidiu que a aplicação da pena de sonegados exige má-fé ou dolo de sonegar, ou seja, a intenção maliciosa de se apropriar do bem ocultado. Além disso, decidiu que a pena de sonegados não se aplica ao cônjuge exclusivamente meeiro, uma vez que a meação, por lhe pertencer por direito próprio, não é objeto da sucessão.

3. Dano Moral

O dano moral é uma categoria em constante evolução, apoiada nas contribuições doutrinárias e jurisprudenciais, que se caracteriza pela ofensa a direitos da personalidade, isto é, *uma lesão a interesse existencial concretamente merecedor de tutela* (FARIA; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 1236).

De fato, sempre que a conduta comissiva ou omissiva ofender injustamente um valor fundamental protegido pela Carta Magna restará caracterizado o dano moral. Não se pode, entretanto, confundir o dano moral com os transtornos e aborrecimentos decorrentes da vida em sociedade, que são apenas aquelas situações que causam irritação, dissabor, chateação, não suficientes para retirar a vítima de sua normalidade diária.

⁸ Art. 1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia.

Nesse sentido, aliás, são os enunciados das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, senão vejamos:

III Jornada de Direito Civil - Enunciado 159

O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.

V Jornada de Direito Civil - Enunciado 411

O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, em regra, a caracterização do dano moral prescinde da demonstração objetiva de sentimentos humanos desagradáveis, uma vez que, por decorrerem da experiência subjetiva da vítima, a sua comprovação é materialmente impossível. Não se pode olvidar que a dor, sofrimento ou abalo psicológico não traduz o dano moral, haja vista que são apenas reflexos de uma lesão a direito existencial.

Logo, demonstrado que o ato ilícito ofendeu a dignidade da pessoa humana, o dano será presumido ou *in re ipsa*.

Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mérito do Recurso Especial nº 1.292.141 - SP, decidiu que, quando a conduta viola injustamente a dignidade da pessoa humana, o dano moral é presumido, prescindindo da demonstração da dor, tristeza ou sofrimento. Em razão de sua clareza, transcreve-se a ementa do acórdão:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE EM OBRAS DO RODOANEL MÁRIO COVAS. NECESSIDADE DE DESOCUPAÇÃO TEMPORÁRIA DE RESIDÊNCIAS. DANO MORAL *IN RE IPSA*.

1. Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana.

2. A violação de direitos individuais relacionados à moradia, bem como da legítima expectativa de segurança dos recorrentes, caracteriza dano moral *in re ipsa* a ser compensado.

3. Por não se enquadrar como excludente de responsabilidade, nos termos do art. 1.519 do CC/16, o estado de necessidade, embora não exclua o dever de indenizar, fundamenta a fixação das indenizações segundo o critério da proporcionalidade.

4. Indenização por danos morais fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de efetivo afastamento do lar, valor a ser corrigido monetariamente, a contar dessa data, e acrescidos de juros moratórios no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do CC/16 e de 1% (um por cento) ao mês na vigência do CC/02, incidentes desde a data do evento danoso.

5. Recurso especial provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.292.141 – SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 4 de dezembro de 2012. Disponibilizado no DJe de 12 de dezembro de 2012)

Os enunciados 445 e 587 das Jornadas de Direito Civil trazem o mesmo entendimento:

V Jornada de Direito Civil - Enunciado 445

O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

VII Jornada de Direito Civil - Enunciado 587

O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*.

Obtempera-se, entretanto, que a necessidade de prova do dano moral deve ser analisada casuisticamente, de acordo com as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mérito do Recurso Especial nº 1.584.465 – MG, alterou o entendimento até então adotado, passando a não mais considerar dano moral *in re ipsa* o atraso no voo operado por companhia aérea. Assim, para não elastecer de forma indiscriminada o dano moral presumido, mormente por se tratar de uma situação fática corriqueira nos aeroportos brasileiros, o Tribunal da Cidadania entendeu ser necessária a demonstração do abalo psicológico decorrente da demora e eventual desconforto suportado pelo passageiro. No caso em julgamento, a relatora, em seu voto,

após afirmar que *as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral*, citou algumas particularidades que dever ser observadas na análise da caracterização da lesão extrapatrimonial. Por ser esclarecedora, é oportuno reproduzir a sua ementa:

DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. ATRASO EM VOO INTERNACIONAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. ALTERAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Ação de reparação de danos materiais e compensação de danos morais, tendo em vista falha na prestação de serviços aéreos, decorrentes de atraso de voo internacional e extravio de bagagem.
2. Ação ajuizada em 03/06/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73.
3. O propósito recursal é definir i) se a companhia aérea recorrida deve ser condenada a compensar os danos morais supostamente sofridos pelo recorrente, em razão de atraso de voo internacional; e ii) se o valor arbitrado a título de danos morais em virtude do extravio de bagagem deve ser majorado.
4. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.
5. Na específica hipótese de atraso de voo operado por companhia aérea, não

se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida.

6. Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a conseqüente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros.

7. Na hipótese, não foi invocado nenhum fato extraordinário que tenha ofendido o âmago da personalidade do recorrente. Via de conseqüência, não há como se falar em abalo moral indenizável.

8. Quanto ao pleito de majoração do valor a título de danos morais, arbitrado em virtude do extravio de bagagem, tem-

se que a alteração do valor fixado a título de compensação dos danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada, o que não ocorreu na espécie, tendo em vista que foi fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.584.465 – MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de novembro de 2018. Disponibilizado no DJe de 21.11.2018)

Destarte, conclui-se que o conceito de dano moral se altera com o tempo, acompanhando as constantes mudanças dos valores sociais, bem como a despatrimonialização do Direito Civil.

4. Tutela Dos Direitos Da Personalidade

A tutela dos direitos da personalidade pode ocorrer por diferentes técnicas, sempre visando à proteção do valor existencial relevante, sem, entretanto, descuidar-se do devido processo constitucional.

A escolha da técnica que assegure a adequada, efetiva e tempestiva proteção dependerá do momento de sua efetiva implementação, bem como do direito a ser tutelado, o que demanda a esmerada identificação da situação fática, com todas as suas circunstâncias. Nesse sentido, aliás, é o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, senão vejamos:

Desse modo, tem-se casos em que não se dá ao legislador – ou à jurisdição – discricionariedade para escolher o desenho adequado para a tutela do direito. Haverá situações, por exemplo, que demandarão maior complexidade no trato da prova, a exemplo da ação que visa à prestação da tutela inibitória. Outras exigirão preocupação com o momento de efetiva implementação do direito que foi reconhecido como existente e das técnicas processuais idôneas para tanto (por exemplo, admissão do uso de multa coercitiva e de busca e apreensão de bens). Outras situações ainda exigirão lidar com a necessidade de adequada gestão do tempo necessário para que a proteção possa ser oferecida (recorrendo-se à técnica antecipatória para adequada distribuição do ônus do tempo no processo). Enfim, pode haver uma infinidade de situações pontuais que exigirão técnicas processuais específicas para seu adequado tratamento.

(...)

A importância do tempo para a proteção processual dos direitos, por exemplo, é mais do que evidente. Caso pudesse haver um processo “instantâneo”, a resposta jurisdicional que se daria aos direitos seria muito próxima daquilo que o titular do interesse faria em reação a eventual ameaça ou lesão. Todavia, isso é impossível, e a atividade jurisdicional demanda um processo que, de seu turno, exige certo espaço de tempo para desenvolver-se. A ideia de processo remete logicamente à uma situação dinâmica e progressiva, com o que por si só repele o conceito de instantaneidade.

Logicamente, quanto maior a demora da resposta estatal a violações ou ameaças a direitos, mais distante ela tende a ser das necessidades do interesse objeto da proteção e maior o *dano marginal* que a parte que tem razão experimenta pelo simples fato de ter recorrido ao processo para obtenção da tutela do direito. Porém, há casos em que mesmo a demora normal do processo se mostra incompatível com as necessidades de certas situações.

(...)

Considerar o processo civil um meio para a tutela dos direitos significa antes de qualquer coisa pensar *primeiro* nas situações de direito material que se pretende proteger por meio do exercício da ação para somente *depois* cogitar das técnicas processuais adequadas para sua efetiva proteção. Basicamente, o processo civil pode prestar *tutela satisfativa* ou *tutela cautelar* aos direitos. Há tutela satisfativa quando a tutela jurisdicional destina-se a *realizar concretamente o direito da parte*. Essa tutela satisfativa serve para prestar *tutela contra o ilícito* – visando inibir a sua prática, reiteração ou continuação (*tutela inibitória*) ou visando à remoção da sua causa ou de seus efeitos (*tutela de remoção do ilícito*) – ou *tutela contra o dano* – visando à sua reparação (*tutela reparatória*) ou ao ressarcimento pela sua ocorrência (*tutela ressarcitória*). Há tutela cautelar quando a tutela jurisdicional destina-se simplesmente a *assegurar a satisfação eventual e futura do direito da parte*. Enquanto a tutela satisfativa pode proporcionar tanto uma tutela contra o ilícito (preventiva ou

repressiva) como uma tutela contra o dano (repressiva), a tutela cautelar é sempre uma tutela contra o dano. Isso porque a tutela cautelar apenas assegura para o caso de, ocorrendo o fato danoso, ser possível eventual e futuramente a realização do direito – a tutela cautelar, nada obstante possa ser concedida anteriormente ao dano, tem a sua atuabilidade condicionada à sua ocorrência. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 11. *E-book*)

De fato, o próprio direito material delimita se a tutela inibitória, de remoção de ilícito, ressarcitória ou compensatória será a mais adequada para a efetiva e tempestiva proteção dos direitos. Ademais, a depender da situação fática e de suas circunstâncias, diferentes técnicas podem ser utilizadas simultaneamente para se alcançar a efetiva proteção ao direito.

Para além disso, a tutela adequada e efetiva dependerá de seu momento de implementação, dos custos endógenos do direito, bem como dos custos de transação exógenos ao direito.

Os custos endógenos do direito são aqueles relativos às crises jurídicas de certeza ou crises de situação jurídica. Crise jurídica de certeza é aquela relacionada à existência, ou não, de determinada relação jurídica. A crise de situação jurídica, por sua vez, liga-se à possibilidade de a parte criar, modificar ou extinguir um estado, alterando a situação preexistente.

Para Cooter e Ulen, a condição de baixos custos de transação propicia e, mais do que isto, estimula a negociação interna entre as partes e o encontro de uma solução eficiente. Portanto, quando o judiciário retira, através de uma decisão

judicial, os custos endógenos do direito, os entraves à cooperação desaparecem e as partes podem chegar ao resultado mais eficiente. (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 177).

Os custos de transação exógenos ao sistema jurídico, a partir das teorizações de Coase, podem ser categorizados em custos de busca, negociação e execução (ULEN; COOTER, 2010, p. 105). Os custos de busca estão relacionados à individualização do direito ou do titular do direito. Os custos de negociação referem-se àqueles incorridos para a solução do litígio. Assim, dependem da quantidade de partes envolvidas e da disposição delas para o restabelecimento da comunicação, visando a alcançar uma solução que gere benefícios mútuos. Por fim, os custos de execução são aqueles incorridos para a realização da atividade satisfativa.

Importante ressaltar que quando os custos de transação são baixos, a tutela preventiva mostra-se a mais adequada e efetiva, pois, em tese, não há obstáculos à cooperação entre as partes. Não obstante, quando esses custos são altos, a tutela repressiva mostra-se a mais eficiente.

Desse modo, passar-se em revista à tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito e tutela indenizatória, identificando-se, em cada técnica, o seu momento de implementação, a fim de assegurar a mais adequada e efetiva proteção aos direitos da personalidade.

4.1. Tutela inibitória

A tutela inibitória possui natureza preventiva e destina-se a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ato contrário ao direito. Hodiernamente, assume grande relevância, haja vista a constante evolução da sociedade e a necessidade de prevenir lesões a direitos existenciais

concretamente merecedores de tutela. Luiz Guilherme Marinoni ensina que essa técnica se funda na necessidade de assegurar a absoluta inviolabilidade do direito material tutelado, *verbis*:

A ação inibitória se funda no próprio direito material. Se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de se admitir uma ação de conhecimento preventiva. Do contrário, as normas que proclamam direitos, ou objetivam proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano.

(...)

Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador - obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva - e sobre o juiz - obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção. (MARINONI, p 3)

A tutela inibitória, ante o seu caráter preventivo, volta-se contra a possibilidade da prática de ato contrário ao direito. Por esse motivo, prescinde da análise da culpabilidade do ofensor, bem como da demonstração do perigo de dano. Não obstante, excepcionalmente, o perigo de dano será objeto de prova quando for coetâneo ao ato contrário ao direito.

A tutela inibitória destinada a impedir a repetição ou a continuação do ato contrário ao direito não apresenta dificuldade de prova, uma vez que, a despeito de se voltar para o futuro, pode considerar a conduta passada.

Para além disso, a tutela inibitória determinada a impedir a repetição do ilícito pressupõe a existência de um interregno entre os atos contrários ao direito, independentes entre si.

Já a tutela inibitória voltada a impedir a continuação do ato contrário ao direito tem como antecedente necessário a ação ilícita que se prolonga no tempo.

Não se pode, entretanto, confundir a conduta ilícita continuada com a ação com eficácia ilícita continuada, uma vez que nesta a ação já está consumada, mas os seus efeitos contrários ao direito se protraem no tempo. Conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni, essa diferenciação é de grande relevância prática, uma vez que a tutela inibitória se volta contra a ação ilícita continuada, ao passo que a tutela de remoção do ilícito preocupa-se com a conduta de eficácia ilícita continuada.

A tutela inibitória voltada a impedir a prática do ato contrário ao direito, a prova decorrerá apenas de indícios⁹ de que o ato contrário ao direito será praticado.

Note-se que as três ações se diferenciam na medida em que se distingue o que nelas deve ser provado. Isso não quer dizer, como é óbvio, que a necessidade de ação inibitória possa ser vista de forma diferenciada diante das três hipóteses elencadas.

A necessidade de ação inibitória não tem nada a ver com a questão da prova. A

⁹ Indício é uma circunstância ou fato conhecido que autoriza alguma conclusão sobre outra circunstância ou fato desconhecido, mas que possua algum tipo de relação.

dificuldade da prova não pode constituir obstáculo à ação inibitória, seja ela qual for.

Lembre-se que a modalidade mais pura de ação inibitória, que é aquela que interfere na esfera jurídica do réu antes da prática de qualquer ilícito, vem sendo aceita em vários países preocupados com a efetividade da tutela dos direitos. Assim, por exemplo, no direito alemão, não obstante o teor da letra do §1.004 do BGB, que se refere expressamente a "prejuízos ulteriores", e no direito anglo-americano, em que é admitida a chamada *quia timet injunction*, que nada mais é do que espécie de tutela inibitória anterior ao ilícito.

Na Itália, a Lei sobre Direito do Autor admite expressamente o uso da ação inibitória em suas três modalidades, não se limitando a prever a tutela destinada a impedir "la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta", mas frisando que "chi ha ragione di temere la violazione di un diritto..." "può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione" (art. 156 da Lei sobre Direito do Autor - Lei 633/1941). (MARINONI, p 6)

Infere-se que a tutela inibitória está relacionada à efetividade dos direitos.

Hoje, não mais se pode pensar apenas em tutela inibitória negativa, decorrente da imposição de um não fazer. De fato, como a efetividade de muitos direitos decorre de um fazer, a tutela inibitória positiva assume grande relevância prática. De fato, quando o próprio direito material exige um fazer, a ação contrária ao direito consubstanciar-se-á em um

não fazer. Logo, a tutela inibitória determinará o cumprimento do dever para a prevenção do direito.

À guisa de exemplo, o art. 5º, XXVII, da Constituição Federal de 1988¹⁰ assegura a tutela dos direitos autorais. Assim, assegura-se ao autor a proteção dos direitos morais e patrimoniais decorrentes de sua criação do espírito, expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível.

Nesse contexto, a tutela inibitória pode decorrer de uma abstenção, como impedir a reprodução parcial ou integral de obra literária, artística ou científica sem autorização expressa do autor. Para além disso, a tutela inibitória pode advir de um fazer, como no dever de o organizador mencionar em cada exemplar de obra coletiva a relação de todos os participantes.

Com efeito, a tutela inibitória, positiva ou negativa, apresenta-se como forma adequada e efetiva de proteção dos direitos autorais, diante de ameaça iminente de prática, de continuação ou de repetição de ato contrário ao direito. Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mérito do Recurso Especial nº 1.833.567 – RS, afirmou que a tutela inibitória é a proteção por excelência dos direitos autorais, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELLECTUAL. DIREITOS AUTORAIS. COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO DE OBRAS MUSICAIS, LÍTERO-MUSICAIS,

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

AUDIOVISUAIS E DE FONOGRAMAS SEM AUTORIZAÇÃO DO ECAD. TUTELA INIBITÓRIA. NECESSIDADE DE CONCESSÃO, DIANTE DA COMPROVADA VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. ART. 105 DA LEI N. 9.610/98.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de, diante da violação a direitos autorais, ser afastada a tutela inibitória, determinando-se que os prejuízos decorrentes do ato ilícito sejam resolvidos em perdas e danos.

2. Não há violação dos arts. 489, § 1º, IV e VI, e 1.022 do CPC quando o Tribunal de origem se manifesta sobre todos os argumentos suscitados em apelação e em embargos de declaração, decidindo, porém, de forma contrária à pretensão recursal.

3. A tutela inibitória é a proteção por excelência dos direitos de autor, devendo ser concedida quando evidenciada a ameaça de violação para que seu titular possa fazer valer seu direito de excluir terceiros da exploração não autorizada de obras protegidas. Inteligência do art. 497 do CPC e do art. 105 da Lei n. 9.610/98.

4. Apenas em casos excepcionalíssimos, nos quais outros direitos fundamentais, como o acesso à informação ou o acesso à cultura, justifiquem uma disponibilização imediata e incondicional da obra para utilização de terceiros, é que a tutela específica deve ceder lugar às perdas e danos, o que não ocorre no presente caso.

5. Tutela inibitória concedida, para que seja ordenada à demandada a suspensão da comunicação ao público de obras musicais, lítero-musicais,

audiovisuais e de fonogramas, enquanto não obtida a devida autorização.

6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.833.567 – RS. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de setembro de 2020. Disponibilizado no DJe de 18 de setembro de 2020)

Infere-se que a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos extrapatrimoniais dar-se-á por meio da tutela inibitória, mormente porque não há como restituir o ofendido ao seu *status quo ante*.

Para a efetividade da tutela, o nosso ordenamento jurídico dotou o juiz de poderes gerais para inibir a prática do ato contrário ao direito.

A tutela prevista nesse conjunto de disposições – que se assemelham àquelas dispostas no art. 461 do CPC/1973 – aplica-se aos deveres de fazer e não fazer de qualquer natureza, e não apenas às obrigações em sentido estrito. Exemplo: deveres negativos que a própria lei (e não o contrato) impõe como forma de restringir a conduta do agente. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, mas se irradiam sobre ela. (DONIZETTI, 2017, p. 708. *E-book*)

Assim, o Código de Processo Civil de 2015¹¹ e o Código de Defesa do Consumidor¹², que integra o microsistema de tutela coletiva, preveem a atipicidade das formas executivas para assegurar a efetivação da tutela do direito ou para a obtenção de resultado prático equivalente.

Todavia, essas medidas atípicas adotadas devem ser razoáveis e proporcionais, sob pena de caracterizar sanção. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mérito do Recurso Especial nº 1.733.697 – RS, afirmou a adoção de medida executiva atípica exige do juiz a realização de fundamentação adequada e a observância da ponderação, razoabilidade e proporcionalidade. Em razão de sua clareza hialina, convém transcrever a ementa do acórdão:

¹¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

(...)

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

¹² Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO APÓS PENHORA DE BENS DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS EXISTENTE NO CPC/73. SATISFATIVIDADE DO DIREITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. NORMA FUNDAMENTAL. CRIAÇÃO DE UM PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA QUE ROMPE O DOGMA DA TIPICIDADE. CRIAÇÃO E ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS APENAS EXISTENTES EM OUTRAS MODALIDADES EXECUTIVAS E COMBINAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO ENTRE A MÁXIMA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E MENOR ONEROSIDADE DO DEVEDOR. CRITÉRIOS. HIPÓTESE CONCRETA. DÉBITO ALIMENTAR ANTIGO E DE GRANDE VALOR. DESCONTO EM FOLHA PARCELADO E EXPROPRIAÇÃO DE BENS PENHORADOS. POSSIBILIDADE.

1- Ação proposta em 21/03/2005. Recurso especial interposto em 29/05/2017 e atribuído à Relatora em 14/03/2018.

2- O propósito recursal consiste em definir se é admissível o uso da técnica executiva de desconto em folha da dívida de natureza alimentar quando há anterior penhora de bens do devedor.

3- Diferentemente do CPC/73, em que vigorava o princípio da tipicidade dos meios executivos para a satisfação das obrigações de pagar quantia certa, o CPC/15, ao estabelecer que a satisfação do direito é uma norma fundamental do

processo civil e permitir que o juiz adote todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, conferiu ao magistrado um poder geral de efetivação de amplo espectro e que rompe com o dogma da tipicidade.

4- Respeitada a necessidade fundamentação adequada e que justifique a técnica adotada a partir de critérios objetivos de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, conformando os princípios da máxima efetividade da execução e da menor onerosidade do devedor, permite-se, a partir do CPC/15, a adoção de técnicas de executivas apenas existentes em outras modalidades de execução, a criação de técnicas executivas mais apropriadas para cada situação concreta e a combinação de técnicas típicas e atípicas, sempre com o objetivo de conferir ao credor o bem da vida que a decisão judicial lhe atribuiu.

5- Na hipótese, pretende-se o adimplemento de obrigação de natureza alimentar devida pelo genitor há mais de 24 (vinte e quatro) anos, com valor nominal superior a um milhão e trezentos mil reais e que já foi objeto de sucessivas impugnações do devedor, sendo admissível o deferimento do desconto em folha de pagamento do débito, parceladamente e observado o limite de 10% sobre os subsídios líquidos do devedor, observando-se que, se adotada apenas essa modalidade executiva, a dívida somente seria inteiramente quitada em 60 (sessenta) anos, motivo pelo qual se deve admitir a

combinação da referida técnica subrogatória com a possibilidade de expropriação dos bens penhorados.

6- Recurso especial conhecido e desprovido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.733.697 – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 11 de dezembro de 2018. Disponibilizado no DJe de 13 de dezembro de 2018)

Denota-se que o ordenamento confere maior elasticidade ao juiz, a fim de que possa determinar, de forma razoável e proporcional, as medidas de apoio tendentes a assegurar a efetividade da tutela do direito material, que varia de acordo com as especificidades do caso concreto.

4.2. Tutela de remoção do ilícito

A tutela de remoção do ilícito ou reintegratória volta-se contra a ação com eficácia ilícita continuada. Diferentemente da tutela inibitória voltada a impedir a continuação do ato contrário ao direito, a tutela de remoção do ilícito destina-se a impedir a continuação dos efeitos ilícitos do ato contrário ao direito que já fora consumado.

Pode-se afirmar que a remoção da situação de ilicitude possui natureza repressiva em relação ao ato contrário ao direito e preventiva quanto ao dano. A sua natureza preventiva está imbricada ao direito material tutelado, uma vez que a sua proteção decorre de um não fazer que elimina a causa do dano. Assim, removido o ilícito, alcançar-se-á a efetiva tutela do direito, prevenindo a ocorrência de dano.

A tutela reintegratória, semelhantemente à tutela inibitória, prescinde da análise da culpabilidade do ofensor, bem como da demonstração de dano.

Importante ressaltar que, caso a ação contrária ao direito tenha resultado em dano, a remoção do ilícito não se mostrará adequada à efetiva tutela do direito da personalidade. De fato, surgirá para o ofendido o interesse na tutela indenizatória, visando a compensar a lesão a interesse existencial.

4.3. Responsabilidade civil

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, o instituto jurídico mais sensível às mudanças sociais. Abandonando disposições normativas, está vocacionado a novas tendências teóricas e funcionais, sem se olvidar do seu princípio fundante consubstanciado no brocardo *neminem laedere*.

A responsabilidade civil reflete aquilo que a sociedade entende por dano injusto passível de reparação. De fato, há uma constante reavaliação, mormente porque vivemos em uma sociedade de riscos. Para além disso, a tutela dos direitos fundamentais exige que todos atuem conjuntamente para evitar a produção de um dano injusto ou o seu agravamento, caso já tenha ocorrido.

Repensar hoje a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de um determinado ambiente. 'Responsabilizar' já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, "responsabilizar" se converteu em reparação de danos. Agora, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos. (FARIA; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 1191)

Infere-se que, hodiernamente, a responsabilidade civil é multifuncional. Assim, visando a garantir a segurança social, previne-se o dano injusto por meio da identificação de riscos graves e adoção de medidas inibitórias e de remoção do ilícito. Ocorrido o dano injusto, buscar-se-á restabelecer o equilíbrio rompido, seja mediante a restauração *in specie*, seja pelo ressarcimento em pecúnia (na hipótese de dano a bem patrimonial), seja por intermédio da compensação (no caso de ofensa a bem jurídico da personalidade).

Sobreleva notar que, mesmo no caso de dano decorrente de ofensa a direito da personalidade, mostra-se cabível a tutela ressarcitória *in natura* cumulada com a compensação em pecúnia. Nesse sentido, o direito de resposta do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, assegurado pelo inciso V do artigo 5º Constituição Federal de 1988 e disciplinado pela Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, constitui tutela ressarcitória *in specie* de dano moral, sem, entretanto, afastar a possibilidade de ressarcimento em pecúnia.

Para além disso, na hipótese de dano moral, a doutrina ainda atribui à responsabilidade civil a função pedagógico-punitiva, visando a assegurar a necessária correlação entre a compensação da vítima e a punição e desestímulo do ofensor. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira ensina que:

A ideia da reparação, no plano patrimonial, tem o valor de um correspectivo, e liga-se à própria noção de patrimônio. Verificado que a conduta antijurídica do agente provocou-lhe uma diminuição, a indenização traz o sentido de restaurar, de restabelecer o equilíbrio, e de reintegrar-lhe a cota correspondente ao prejuízo. Para a fixação do valor da reparação do dano

moral, não será esta a ideia força. Não é assente na noção de contrapartida, pois que o prejuízo moral não é suscetível de avaliação em sentido estrito. E tão remoto deve ser o conceito de restabelecimento de valores que a jurisprudência francesa tem sido às vezes informada pela tendência de considerar meramente simbólica a reparação por dano moral, com a singela condenação do agente na quantia de um *franco*. Não há, contudo, razão para que assim se proceda. Apagando do ressarcimento do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, como técnica de afastar ou abolir o prejuízo, o que há de preponderar é um jogo duplo de noções:

a) De um lado, a ideia de *punição* ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia; não se trata de imiscuir na reparação uma expressão meramente simbólica, e, por esta razão, a sua condenação não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério de aferição subjetivo; mas não vai aqui uma confusão entre responsabilidade penal e civil, que bem se diversificam; a punição do ofensor envolve uma sanção de natureza econômica, em benefício da vítima, à qual se sujeita o que causou dano moral a outrem por um erro de conduta.

b) De outro lado proporcionar à vítima uma *compensação* pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensanchar de reparação da afronta; mas reparar pode traduzir, num sentido mais amplo, a

substituição por um equivalente, e este, que a quantia em dinheiro proporciona, representa-se pela possibilidade de obtenção de satisfações de toda espécie, como dizem Mazeaud *et* Mazeaud, tanto materiais quanto intelectuais, e menos morais. c) A essas motivações acrescenta-se o gesto de solidariedade à vítima, que a sociedade lhe deve (Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*). Em doutrina, conseqüentemente, não se distinguem as duas figuras, da indenização por prejuízo material e da reparação do dano moral: a primeira é reintegração pecuniária ou ressarcimento *stricto sensu*, ao passo que a segunda é sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa, e, por isto mesmo, liquida-se na proporção da lesão sofrida. d) Em terceiro lugar, a reparação por dano moral envolve a ideia de “solidariedade” à vítima, em razão da ofensa que sofreu a um bem jurídico lesado pelo agente. (PEREIRA, 2017b, p. 328-329. *E-book*)

A jurisprudência, embora timidamente, também admite a observância da função pedagógico-punitiva na fixação da indenização por dano moral, como forma de dissuadir o ofensor de praticar novamente o ato ilícito, sem, entretanto, constituir enriquecimento indevido da vítima. Nesse sentido, transcreve-se os seguintes excertos das ementas:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AGRESSÃO FÍSICA AO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE COLIDIU COM O DOS RÉUS. REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS.

ELEVAÇÃO. ATO DOLOSO. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito.

2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima.

(...)

6. Recurso especial provido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 839.923 – MG. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 15 de maio de 2012. Disponibilizado no DJe de 21 de maio de 2012)

AGRAVO REGIMENTAL - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

(...)

2.- No que se refere ao pleito de redução da verba indenizatória, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido (...)

5.- Agravo Regimental improvido.
(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.410.038 – RJ. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 9 de agosto de 2011. Disponibilizado no DJe de 23 de agosto de 2011)

A responsabilidade civil, sob a Análise Econômica do Direito, oferece soluções para as externalidades negativas, pois estabelece “critérios para a seleção das situações nas quais a ocorrência dos danos deve ser indenizada” (BATTESINI, 2011, p. 284).

Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa ensinam que as externalidades constituem o resultado positivo ou negativo da conduta de um agente sobre terceiro. Assim, o impacto benéfico ou maléfico da conduta é externalizado, não integrando o valor ou o custo privado da ação do agente.

O terceiro, a princípio, não paga nem recebe nada por suportar esse impacto, que pode ser maléfico ou benéfico para os terceiros afetados, sendo assim classificado como externalidade negativa ou positiva, respetivamente. Quando termos uma externalidade negativa de

produção, o custo de produção é maior para a sociedade que para o produtor, fazendo com que este último gere uma quantidade acima da desejada pela sociedade. Por outro lado, as externalidades positivas ocorrem toda vez que o valor social é superior ao valor privado, tendo como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável.

Diante da existência e externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado não fica adstrito ao bem-estar dos compradores e vendedores incluídos nesse mercado e passa a incluir também o interesse dos terceiros afetados indiretamente pelas externalidades. O equilíbrio do mercado, que seria responsável pela maximização do benefício total para a sociedade, nesse caso, deixa de ser eficiente, já que os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações na tomada de decisões. (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 69)

Nas externalidades negativas, a responsabilidade civil possibilita que o agente internalize o custo decorrente de sua conduta, a fim de não deixar a vítima do dano em pior situação.

4.3.1 A fórmula de Learned Hand

Na Análise Econômica do Direito, o pronunciamento do juiz Learned Hand no caso *United States v. Carroll Towing Co.* (1947) foi considerado como o primeiro uso do custo-benefício para a caracterização de condutas culposas.

A determinação da negligência e da diligência da parte estará baseada na análise do custo-benefício de sua

conduta. Assim, a parte será considerada negligente se os custos marginais de precaução forem menores que as perdas marginais esperadas.

Importante ressaltar que que essa interpretação marginal, proposta por Richard A. Posner, decorre da evolução da Fórmula de Hand em relação à jurisprudência norte-americana. Para este autor, as variáveis marginais adequam-se às informações acessíveis aos juízes durante a análise do caso concreto¹³.

A fórmula de Hand é geralmente apresentada pela expressão $C < PE$, sendo C os custos marginais de precaução¹⁴ e PE as perdas marginais esperadas.

¹³ “É importante notar que as variáveis adotadas são todas marginais e, portanto, não representam valores absolutos. Segundo Posner, na prática, a visão dos juízes está adstrita a considerações sobre mudanças de caráter marginal. Desta forma, o autor considera a fórmula de Hand é particularmente adequada ao tipo de informação acessível aos juízes na análise de casos concretos.” (PORTO, 2021, p. 184)

¹⁴ Os custos marginais de precaução equivalem aos custos de oportunidades, pois consideram tanto as saídas efetivas de recursos quanto aquilo que se deixa de ganhar. Assim, em um cenário de escassez de recursos, os custos de oportunidades consideram a melhor alternativa para cada decisão.

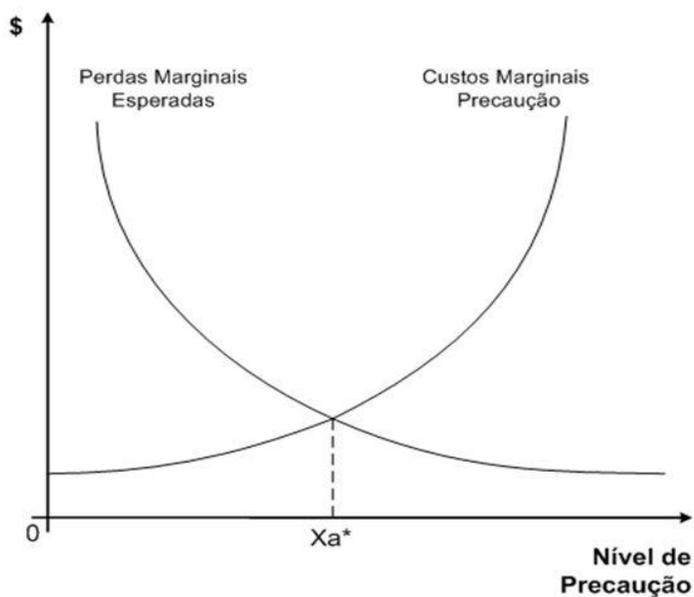


Figura 1

Logo, há no eixo vertical uma medida de custo (\$) e no eixo horizontal uma medida do nível de precaução. Ademais, as curvas Perdas Marginais Esperadas (PE) e Custos Marginais de Precaução (C) descrevem as funções entre o nível de precaução e a medida de custo. Assim, à medida que se exerce maior precaução, as Perdas Marginais Esperadas (PE) diminuem e os Custos Marginais de Precaução (C)

umentam.¹⁵ O nível ótimo de precaução é atingido no ponto Xa, em que essas curvas se encontram. Logo, qualquer nível de precaução inferior a Xa resultará em uma conduta culposa.

Importante pontuar que a fórmula de Hand leva em consideração apenas a conduta do ofensor, a despeito de o nível ótimo de precaução depender do nível de precaução da vítima. Assim, a fórmula de Hand pode ser aplicada sem ressalvas na hipótese de a conduta da vítima não influenciar significativamente a probabilidade de ocorrência do resultado danoso (dano unilateral), bem como na situação em que ela adotar um nível ótimo de precaução.

Allan M. Feldman e Jeonghyun Kim (FELDMAN; KIM, 2002-27), por meio da aplicação da fórmula de Hand, sugerem três situações distintas para a identificação da culpa: a) aplicação independente; b) aplicação condicional, dependente do comportamento real da outra parte; c) aplicação condicional, dependente do comportamento eficiente da outra parte.

Na aplicação independente, a prevenção é perfeita. Assim, a medida de precaução adotada por quaisquer das partes será suficiente para evitar o dano. Ademais, a definição da culpa do ofensor independerá da conduta da vítima.

Na aplicação condicional, dependente do comportamento real da outra parte, há a interdependência das condutas do ofensor e da vítima. Nesse caso, se o autor e a vítima não agirem, ambos serão considerados

¹⁵ "Intuitivamente, é razoável que, conforme aumentamos a frequência ou intensidade de uma medida preventiva, sua capacidade de gerar mais prevenção se reduza progressivamente. (...) Adotamos as medidas mais eficientes de precaução inicialmente, e teremos, progressivamente, menos facilidade de encontrar novas medidas de precaução igualmente eficientes a medida que adotamos mais precaução. O mesmo não pode se dizer quanto aos custos de adoção das referidas medidas de precaução. Estes tendem a aumentar e não a diminuir, conforme um dever cada vez maior de precaução é imposto a um agente." (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 240)

negligentes. Ademais, se apenas a vítima adotar medidas de precaução, a caracterização da culpa do ofensor dependerá de os seus custos reais de precaução serem inferiores à probabilidade de perda da vítima, então reduzida pelas medidas por ela tomadas. Para melhor entendimento, cita-se a seguinte situação hipotética:

Dados: Perda esperada: \$1.000 ; Custo das medidas de precaução adotadas pelo ofensor: \$60 ; Probabilidade de perda em razão das medidas de precaução adotadas pelo ofensor: 0,0% ($\$1.000 \times 0,0\% = \0); Custo das medidas de precaução adotadas pela vítima: \$30 ; Probabilidade de perda em razão das medidas de precaução adotadas pela vítima: 5,0% ($\$1.000 \times 5,0\% = \50);
Conclusão: Caso o ofensor não adote as medidas de precaução, ele não será considerado negligente, uma vez que o custo em que incorreria (\$60) seria maior que a probabilidade de perda da vítima decorrente das medidas de precaução por esta tomadas (\$50).

Figura 2

Na aplicação condicional, dependente do comportamento eficiente da outra parte, há, igualmente, a interdependência das condutas do ofensor e da vítima. Nesse caso, entretanto, a probabilidade de perda e as medidas eficientes de precaução são definidas pelo poder judiciário. Assim, a caracterização da culpa do ofensor não dependerá dos seus custos reais de precaução, mas, sim, da eficiência das medidas adotadas. Para melhor elucidar, retoma-se a situação já utilizada como exemplo:

<p>Dados:</p> <p>Perda esperada: \$1.000;</p> <p>Custo das medidas de precaução adotadas pelo ofensor: \$60;</p> <p>Probabilidade de perda em razão das medidas de precaução adotadas pelo ofensor: 0,0% ($\\$1.000 \times 0,0\% = \\0);</p> <p>Custo das medidas de precaução adotadas pela vítima: \$30;</p> <p>Probabilidade de perda em razão das medidas de precaução adotadas pela vítima: 5,0% ($\\$1.000 \times 5,0\% = \\50);</p>
<p>Conclusão:</p> <p>Caso o ofensor adote as medidas de precaução, não haveria motivo para a vítima agir, pois a probabilidade de perda seria igual a \$0.</p> <p>Na hipótese de a vítima adotar as medidas de precaução e o ofensor não as tomar, este seria considerado negligente, ante a probabilidade de perda de \$50.</p>

Figura 3

Com efeito, a aplicação condicional, dependente do comportamento eficiente da outra parte, possibilita ao poder judiciário definir o nível de precaução que deve ser adotado, casuisticamente, por cada agente. Assim, restando caracteriza a culpa do ofensor, faz-se necessário que ele internalize a externalidade negativa advinda de sua conduta, seja mediante a restauração *in specie*, seja pelo ressarcimento em pecúnia (na hipótese de dano a bem patrimonial), seja por intermédio da compensação (no caso de ofensa a bem jurídico da personalidade).

4.3.2. Quantificação do dano moral

A quantificação do dano moral é tormentosa, mormente porque envolve valores existenciais. Assim, é necessário que o montante compensatório considere a gravidade do dano injusto a direito existencial e as suas consequências na subjetividade da vítima.

De fato, mostra-se difícil a tarefa de objetivar a quantificação pecuniária dos danos morais, de forma a valorar prudentemente a sua extensão, sem, entretanto, desprezar a razoabilidade.

Nesse sentido, aliás, são os enunciados 455 e 550 das Jornadas de Direito Civil, senão vejamos:

V Jornada de Direito Civil - Enunciado 455

Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.

VI Jornada de Direito Civil - Enunciado 550

A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos.

Hodiernamente, o Superior Tribunal de Justiça, visando a evitar indenizações exorbitantes ou irrisórias, está adotando o critério bifásico para realizar o arbitramento equitativo, na conformidade das circunstâncias do caso.

Na primeira fase, arbitra-se um valor básico de indenização com fundamento em precedentes. Assim, haverá

a valoração do direito da personalidade lesado (vida, liberdade, integridade física e psíquica), de acordo com a *ratio decidendi* de casos similares.

Na segunda fase, o valor básico poderá ser majorado ou reduzido, segundo as circunstâncias do evento danoso. Desse modo, pondera-se a dimensão do dano moral, a intensidade do sofrimento causado à vítima, a culpabilidade do ofensor, eventual culpa concorrente da vítima, a condição econômica do ofensor, bem como a posição política, social e econômica da vítima.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator do Recurso Especial nº 1.152.541 – RS, em seu voto, afirmou que:

O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das **circunstâncias** como do **interesse jurídico lesado**).

Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o **interesse jurídico lesado**, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (**grupo de casos**). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor

de acordo com as **circunstâncias particulares do caso** (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente eqüitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial.

Por esse método, firme na igualdade e coerência, busca-se compensar satisfatoriamente a vítima. Ademais, verifica-se que a culpa do ofensor¹⁶ e eventual culpa concorrente da vítima assumem grande relevância na quantificação do dano moral.

O critério bifásico, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, tenta correlacionar riqueza e utilidade¹⁷. A riqueza é analisada na primeira fase, no

¹⁶ **V Jornada de Direito Civil - Enunciado 458:** o grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral.

¹⁷ "A fórmula do bem-estar social é definida a partir da ideia de utilidade, sendo esta a medida da satisfação pessoal dos indivíduos da sociedade. No entanto, não existe uma forma objetiva de medir a utilidade. Na prática, não podemos aferir objetivamente o nível de satisfação de um determinado agente. Em razão deste problema de mensuração, precisamos de uma escala alternativa de valor. Para tanto, a escala usualmente utilizada é o dinheiro. A substituição do nível de utilidade pelo nível de riqueza tem algumas

momento que o valor básico é fixado, uma vez que é considerado o valor monetário atribuído a casos similares. A utilidade é analisada na segunda fase, haja vista que se busca considerar as consequências na subjetividade da vítima e estabelecer uma medida de satisfação pessoal.

5. Considerações finais

O desafio deste trabalho foi discutir a tutela dos direitos da personalidade sob a ótica da análise econômica do direito.

Assim, asseverou-se, precedentemente, que o ato ilícito é aquele que, contrário a um dever preexistente, implica na violação do ordenamento jurídico. Além disso, diferenciou-se os atos ilícitos indenizantes, ou seja, que resultam no dever de indenizar, daqueles que não originam o dever de ressarcir ou reparar, mas preveem sanções autorizantes, caducificantes ou invalidantes.

Ademais, verificou-se que a tutela dos direitos da personalidade, sob a perspectiva da análise econômica do direito, adota um conceito de precaução instrumental, variando as técnicas de acordo com as circunstâncias de cada tipo de conduta.

Com efeito, as tutelas inibitória e de remoção do ilícito destinam-se a incentivar a adoção de níveis ótimos de precaução, visando a evitar lesão a interesse existencial concretamente merecedor de tutela. Ocorrida a lesão, passa-se para a tutela indenizatória, objetivando compensar os danos morais.

implicações para esta teoria. A principal decorre do fato de que os indivíduos podem associar utilidade à própria escala de valor, ou seja, podem ter preferências distintas em relação ao dinheiro. Significa dizer que, alguém que possui um orçamento reduzido pode atribuir mais valor a uma pequena quantidade de dinheiro se comparada aquela que uma pessoa com renda elevada atribuiria.” (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 59-60)

Nesse cenário, exige-se a definição de culpa e a existência de regras jurídicas que estabeleçam o nível de precaução que deveria ter sido adotado pelo ofensor.

Assim, por meio da utilização da fórmula de Hand, infere-se que a parte agiu com culpa na hipótese de os seus custos marginais de precaução serem menores que as perdas marginais esperadas. De fato, a determinação da negligência ou da diligência da parte estará baseada na análise do custo-benefício de sua conduta.

Restando caracteriza a culpa do ofensor, faz-se necessário que ele internalize a externalidade negativa advinda de sua conduta, seja mediante a restauração *in specie*, seja pelo ressarcimento em pecúnia (na hipótese de dano a bem patrimonial), seja por intermédio da compensação (no caso de ofensa a bem jurídico da personalidade).

Não se pode olvidar que a quantificação do valor da compensação do dano moral deve ser feita de forma prudente e razoável, visando a evitar indenizações irrisórias ou exorbitantes.

Logo, com a adoção do critério bifásico, arbitra-se, na primeira fase, um valor básico de indenização com fundamento em precedentes. Já na segunda fase, o valor básico poderá ser majorado ou reduzido, segundo as circunstâncias do evento danoso.

Posto isso, conclui-se que, ante a constante evolução social e as alterações sobre aquilo que se entende por ofensa a direito da personalidade, faz-se necessário que as técnicas destinadas à tutela tempestiva, eficiente e adequada acompanhem esse dinamismo.

REFERÊNCIAS

BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FELDMAN, Allan M.; KIM, Jeonghyun. **The hand rule and United States v. Carroll Towing Co. reconsidered**. Working Paper, n. 2002-27, Brown University, Department of Economics, Providence, RI, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 25 fev. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. I. 30 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. v. II. 29 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 11 ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. *E-book*.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. 4 ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

A arbitragem na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Mauricio Morais Tonin¹

RESUMO

O artigo analisa a previsão da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021) de utilização de métodos alternativos de solução de conflitos - especialmente a arbitragem - nas relações contratuais. Inicialmente, é abordado o panorama do sistema multiportas envolvendo o Poder Público e a legislação aplicável, notadamente a Nova Lei. Em seguida, são analisadas as peculiaridades da utilização da arbitragem para disputas envolvendo a Administração Pública, como os conflitos que podem ser submetidos ao método (arbitrabilidade objetiva), a legalidade como critério de julgamento (arbitragem de direito), a publicidade do procedimento arbitral e o processo de escolha de árbitros.

Palavras-chave: Arbitragem; Administração Pública; Contratos Administrativos; Árbitros.

ABSTRACT

The paper analyzes the New Public Bidding and Contracts Law (Federal Law nº 14.133/2021) regarding the use of alternative dispute resolution, especially arbitration. Initially, it is analyzed the panorama of the Multidoor Courthouse System involving the Public Administration, as well as the applicable legislation, notably the New Law. Then, the article analyzes the peculiarities of the use of arbitration to settle

¹Procurador do Município de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Bacharel em Direito pela USP. Mediador e Advogado. Professor de cursos de pós-graduação de direito processual civil e de meios alternativos de solução de controvérsias. mtonin@prefeitura.sp.gov.br

disputes with the Public Administration, such as the sort of conflicts that are suitable, the judgment by the law (prohibition of equity), publicity of the arbitration procedure and the process of choosing arbitrators.

Keywords: Arbitration; Public Administration; Public Contracts; Arbitrators.

Introdução

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021) entrou em vigor no Brasil. A Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, excluídas as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303/2016.

É certo que haverá um período de transição de 2 (dois) anos entre a vigência da Nova Lei e a revogação das Leis anteriores, nos termos dos arts. 191 e 193. Contudo, já é possível à Administração Pública optar por licitar e contratar de acordo com a Lei nº 14.133/2021.

Uma das inovações da Lei em relação à malfadada Lei nº 8.666/93 é a previsão expressa de utilização de meios alternativos de resolução de controvérsias nos contratos. A esse respeito, a Lei de 1993 apenas dispunha no art. 55, § 2º que os contratos deveriam prever necessariamente cláusula que declarasse competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual.

Neste sentido, os contratos públicos que atualmente preveem a mediação e a arbitragem como métodos de solução de conflitos o fazem com base em outras previsões legais, como a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e a Lei nº

9.307/96, alterada pela Lei nº 13.129/2015 (Lei de Arbitragem).

Já em relação ao *Dispute Board* (comitê de resolução de disputas) não existia, até então, previsão em lei federal permitindo a sua utilização pelo Poder Público, o que levou o Tribunal de Contas da União (TCU) a declarar ilegal a sua previsão em edital, por conta da análise de uma concessão de rodovias pelo Ministério da Infraestrutura (processos nºs 016.936/2020-5 e 018.901/2020-4).

Diante disso, a partir de agora o legislador deixa claro que não só permite a utilização desses métodos pela Administração Pública, como fomenta-os, pois incorpora capítulo específico na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. É um marco importante.

Neste breve estudo, far-se-á uma análise sobre a previsão da arbitragem como método de solução de conflitos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e algumas peculiaridades sobre a sua utilização pela Administração Pública.

I. Os meios alternativos de solução de conflitos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

A utilização dos meios alternativos de solução de conflitos surge como necessidade para ajudar a equacionar a crise da Justiça e de justiça. Por conta disso, é possível afirmar que a Administração Pública não só pode, como deve, buscar solução dos conflitos também de forma alternativa ao processo judicial no Poder Judiciário.

Isso porque para determinados tipos de conflitos outros meios são mais adequados para solucioná-los do que o Judiciário, devendo o administrador público estar atento à possibilidade de utilizar a negociação, a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (*dispute board*) ou a arbitragem. O que importa é a solução adequada das controvérsias.

Compreender que há meios mais ou menos adequados a determinados tipos de conflitos parece ser o caminho certo da implantação de um sistema multiportas – ou de múltiplas portas –, que permite àqueles que estão em conflito escolher, dentre uma gama tão variada quanto possível, o método mais ajustado ao caso concreto (CARMONA, 2011, p. 200).

Neste contexto, a garantia de acesso à justiça não está restrita à possibilidade de ingresso com uma demanda no Poder Judiciário. O acesso à justiça abrange também os demais métodos de solução de conflitos, mais adequados que o processo para muitos casos, permitindo a pacificação social.

Um sistema multiportas de resolução de disputas (*Multidoor Courthouse*) oferece aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba identificar aquele mais adequado ao caso concreto. Isso porque não adianta abrir portas aleatoriamente, sem critérios, sem saber se este é o melhor caminho para alcançar o objetivo almejado.

Esta tarefa se realiza a partir da análise do caso: as partes interessadas, os valores envolvidos, a legislação aplicável, as questões a serem eventualmente provadas em juízo, os custos de transação e as preferências de risco do interessado (MNOOKIN; PEPPET; TULUMELLO, 2009, p. 142).

Por outro lado, a enorme quantidade de processos judiciais envolvendo a Fazenda Pública, registrada ano após ano pelos dados do CNJ, evidencia uma injustificável postura de inércia dos entes públicos em relação a este problema. Tudo vai parar no Judiciário, indistintamente. O que se verifica, em muitos casos, é o aproveitamento proposital da

morosidade da Justiça para protelar o cumprimento das obrigações pelo Poder Público.²

Atento a essa realidade, o legislador inseriu na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos um Capítulo específico sobre resolução de conflitos. Trata-se do Capítulo XII – Dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias, contendo 4 (quatro) artigos dispondo expressamente sobre a

² Sobre essa questão, vale a leitura do acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 579431 (TEMA 96 da repercussão geral), no trecho em que os Ministros Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (então presidente) discutem a posição da Fazenda Pública em relação aos processos em curso na Justiça (págs. 17-19). Confira-se trecho do voto do Ministro Barroso: “(...) o Poder Público vai ter que mudar o modo como ele litiga, o Poder Público terá que mudar o modo como ele compõe litígios, porque a cultura que existe, também da parte do Poder Público, é a da judicialização de todas as questões. E nós vamos ter que partir, no Brasil, em curto prazo, para mecanismos de desjudicialização da vida. O Judiciário não é capaz da ter estrutura que possa prestar serviços adequados a tempo e a hora nesse volume. De modo que a Advocacia Pública terá que se recondicionar para a solução administrativa de boa parte do que hoje é judicializado E eu verifiquei, e faz parte da estrutura de como funciona o Poder Público. Às vezes, Presidente, há um acidente, em que a responsabilidade do Poder Público é inequívoca, e, portanto, a forma adequada de se resolver aquilo é administrativamente, por uma composição amigável, em bases razoáveis, proposta pelo Poder Público. Mas, ainda assim, a cultura vigente é a de se litigar por anos a fio, mesmo quando a responsabilidade seja inequívoca. E, além do litígio, quando poderia ser evitado mediante transação, existe na Advocacia Pública uma cultura de se recorrer de tudo em todas as instâncias. Eu fui advogado público, é mais difícil obter dispensa do recurso do que recorrer - Ministra Cármen confirmará isso. Portanto, a gente recorre. (...) Portanto, para evitar que processos iniciados em 2002 terminem em 2015, nós teremos de mudar um pouco a cultura de como o Poder Público litiga, como o Poder Público comparece a juízo, seja desjudicializando o que possa ser desjudicializado, seja compondo administrativamente o que possa ser composto administrativamente, seja deixando de recorrer quando manifestamente as teses já estejam pacificadas. Penso que, em algum lugar do futuro, talvez até por iniciativa do CNJ, devemos pensar em medidas de incentivo para mudar o modo como o Poder Público litiga, que hoje ocupa um terço das demandas na Justiça brasileira.” Inteiro teor do acórdão: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13127051>, acesso em 04/03/2022.

utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias nas contratações públicas. Confira-se:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser editados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Verifica-se que a Lei dispõe a possibilidade de serem utilizados meios alternativos ao processo judicial de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (Dispute Board) e a arbitragem.

A despeito de alguma celeuma em torno da expressão "meios alternativos" (alguns preferem "meios adequados"), essa foi a escolha do legislador. Tem origem na expressão em inglês *alternative dispute resolution* - ADR e é bastante conhecida no Brasil.³

A respeito dos métodos elencados expressamente na lei, a conciliação e a mediação são, na realidade, o mesmo método, regulado pela Lei nº 13.140/2015. O Código de Processo Civil distingue-as no art. 165, §§ 2º e 3º, pelos casos que preferencialmente serão utilizadas e pela possibilidade, na conciliação, de o conciliador sugerir soluções para o litígio. Contudo, trata-se na essência de um mesmo método de solução de conflitos, pelo qual um terceiro imparcial (conciliador ou mediador) auxilia as partes a buscarem o consenso (autocomposição).

O *dispute board* (ou comitê de resolução de disputas) passa a ser previsto em lei federal com eficácia nacional, permitindo todos os entes federativos a utilizarem esse relevante método de prevenção e resolução de litígios, comum em contratos de construção. Não avançou o legislador na regulamentação da utilização do instituto, apenas citando-o no rol de métodos no caput do art. 151. Registre-se que existem 2 (dois) projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que tratam do *dispute board* de forma mais detalhada.⁴

De outra parte, em relação à arbitragem já existe legislação específica para o Poder Público há algum tempo - como a Lei de Concessões, a Lei de PPP e a própria Lei de Arbitragem, desde 2015 -, mas é evidente que a inserção de previsão na Nova Lei de Licitações e Contratos

³ A esse respeito, confira análise sobre a utilização das expressões "alternativos" e "adequados" na nossa obra TONIN, Mauricio Morais. *Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos Envolvendo o Poder Público*. São Paulo: Almedina, 2019, pp. 63-67.

⁴ O PLS 206/2018, aprovado no Senado, encontra-se na Câmara sob nº 2421/2021.

Administrativos fortalece o instituto e respalda o administrador público que o adota para os casos adequados.

A nova lei também prevê, no art. 138, a utilização desses métodos para a extinção do contrato. *In verbis*:

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;

II – consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;

III – determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

(...) omissis

Essa importante inovação legislativa, somada às previsões constantes da Lei de Mediação (Lei Federal nº 13.140/2015) - que possui um capítulo específico sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública -, do Código de Processo Civil (especialmente o art. 3º, §§ 2º e 3º⁵; os arts. 165 e seguintes, que dispõem sobre a conciliação e mediação judicial; e o art. 334, que prevê a audiência de conciliação ou de mediação como ato processual posterior ao recebimento da petição inicial pelo juiz e determinação de citação do réu) e de outras leis

⁵ Art. 3º. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

esparsas (como o art. 26 da LINDB⁶; o art. 10, parágrafo único da Lei nº 10.259/2001⁷; o art. 8º da Lei nº 12.153/2009⁸; e o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, com a redação da Lei nº 13.964/2019⁹), cria uma legislação robusta para orientar e respaldar o administrador público, conferindo-lhe a segurança jurídica necessária para a utilização desses métodos. Em outras palavras, há uma sólida base jurídica a sustentar a utilização dos meios alternativos ao processo judicial.

Repita-se: o processo, que é um instrumento de solução de conflitos, é adequado para a solução de vários conflitos¹⁰. Mas não deve ser utilizado para tudo, como única porta de saída, ainda mais diante dessa absurda quantidade de processos no País. Em regra, os órgãos judiciais não conseguem realizar justiça em tempo razoável, possuem custo elevado e atendem apenas aqueles que conseguem afastar os obstáculos ao seu acesso.

Ressalte-se que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) avançou na busca do processo civil de

⁶ Dispõe sobre o compromisso administrativo para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença.

⁷ Dispõe sobre a autorização aos advogados públicos para conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais.

⁸ Dispõe sobre a autorização aos advogados públicos para conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.

⁹ Dispõe sobre a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa.

¹⁰ Como método de trabalho, o processo é o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu (DINAMARCO, 2016, p. 441).

resultados. A valorização dos precedentes pelo Código^{11 12}, por exemplo, torna o resultado do processo mais previsível, permitindo ao interessado avaliar com maior segurança acerca do prosseguimento pela via judicial ou pela composição com a outra parte, a depender da constatação das chances de êxito.

Portanto, o processo civil é um importante método de solução de conflitos que deve ser utilizado pela Administração Pública para resolver muitos conflitos. Mas o processo deve ser considerado em conjunto com outros mecanismos, autocompositivos e heterocompositivos, ou seja, inserido no sistema multiportas, sendo imprescindível a elaboração de um sistema de solução de disputas.¹³

II. Arbitragem com a Administração Pública

¹¹ Os arts. 926 a 928 do CPC dispõem sobre o dever dos tribunais de uniformar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente; sobre a obrigatoriedade de observação pelos juízes das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, dos enunciados de súmula vinculante, dos acórdãos em IRDR, IAC e recursos extraordinário e especial repetitivos, enunciados de súmulas do STF e do STJ e a orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais aos quais estiverem vinculados.

¹² Cândido Rangel Dinamarco, acerca das fontes do direito no ordenamento jurídico brasileiro, afirma que essa desenganada aproximação entre a jurisprudência e a lei autoriza o reconhecimento de que, nos limites estabelecidos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, a jurisprudência é realmente uma fonte do direito. Afirma o autor: "*Na prática diuturna do exercício da jurisdição essa maior intensidade de aderência aos precedentes e repetição de julgamentos a eles atrelados, com o repúdio a decisões discrepantes, mostra que os juízes e tribunais acatam a jurisprudência como um verdadeiro repositório de normas jurídicas a serem observadas em suas decisões, tanto quanto aquelas constantes do direito positivo (Constituição, leis complementares, leis ordinárias etc.)*" (*Op cit*, p. 161).

¹³ A respeito do desenho de sistema de solução de disputas pela Administração Pública, confira: TONIN, Mauricio Moraes. *O Desenho de Sistema de Solução de Disputas (DSD) pela Administração Pública: a utilização adequada dos meios de solução de conflitos*. In OLIVEIRA FILHO, Gilberto Bernardino; MARCO, Nathalia Leone (Org.), *A Boa Gestão Pública e o Novo Direito Administrativo: dos conflitos às melhores soluções práticas*, 1ª ed., São Paulo: SGP – Soluções em Gestão Pública, 2021, pp. 398-427.

Arbitragem, segundo Carlos Alberto Carmona, é meio de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. É colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (CARMONA, 2009, p. 31).

A arbitragem garante ao setor público e a seus parceiros privados maior segurança jurídica, bem como a tecnicidade das decisões e a celeridade exigida pelos mercados regulados. Isso porque os processos judiciais demoram muito tempo para serem finalmente julgados no Judiciário, sem que haja uma garantia da qualidade da análise que será realizada pelos magistrados que irão se debruçar sobre o litígio.

Na arbitragem, os árbitros escolhidos pelas partes possuem a sua confiança, pois são especialistas na matéria em litígio e possuem mais tempo para se dedicar ao caso do que os juízes, submetidos a um volume muito grande de trabalho e que possuem, em regra, uma formação mais generalista, considerando a ampla gama de matérias que são levadas para solução judicial.

A discussão acerca da possibilidade ou não de a Administração Pública se valer da arbitragem não é recente na doutrina e na jurisprudência pátria. Desde o início do século XX, juristas como Mendes Pimentel e Rui Barbosa afirmaram a competência da Administração Pública brasileira para firmar cláusula compromissória. Ademais, a eleição da arbitragem nos contratos administrativos firmados entre a Administração e os particulares acompanha as concessões de obras e serviços públicos desde a sua origem nos idos de 1850 (LEMES, 2007, p. 63-70).

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça - STJ, por diversas vezes, firmou entendimento pela admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública, sendo pacífico em sua jurisprudência atual.¹⁴

Apesar de várias leis específicas preverem essa possibilidade há décadas – como a Lei de Concessões¹⁵, em seu art. 23-A, introduzido pela Lei nº 11.196/2005 –, foi com a alteração na Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96), promovida pela Lei nº 13.129/2015, que o número de casos realmente aumentou. Nesta ocasião, o legislador entendeu por bem incluir os §§ 1º e 2º ao artigo 1º da Lei¹⁶, tornando

¹⁴ No julgamento do Recurso Especial 606.345-RS (Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, v.u., DJ 17.05.2007) e dos Embargos de Declaração no REsp 612.439-RS (caso AES Uruguaiana x CEEE - Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, v.u., DJ 17.05.2007), do REsp 904.813-PR (caso Compagás - Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, v.u., DJ 20.10.2011), bem como do Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308-DF (caso TMC - Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, v.u., DJ 09.04.2008), o tribunal examinou de modo aprofundado os principais aspectos da polêmica envolvendo o tema e reafirmou a posição a favor da autonomia contratual da Administração e a possibilidade de utilização da arbitragem. Mais recentemente, no julgamento do Conflito de Competência 139.519-RJ, o STJ enfrentou uma série de questões jurídicas envolvendo a arbitragem com a Administração Pública, sendo uma delas a análise dos direitos patrimoniais disponíveis envolvidos no litígio (Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, 1ª seção, por maioria, DJ 11/10/2017).

¹⁵ A Constituição Federal dispõe que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (art. 175). Entende-se por concessão de serviço público uma relação jurídica complexa através da qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta, risco e perigos, sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, remunerando-se disto pela exploração do serviço, geralmente mediante cobrança de tarifas diretamente dos usuários, e tendo garantida em seu favor a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido nos termos da estipulação inicial (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 96).

¹⁶ Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

explícito aquilo que já era implícito. A lei ainda previu que a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade (art. 2º, § 3º, LA), o que foi repetido no art. 152 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, acima transcrito.

Nos últimos anos, houve uma expansão da previsão de cláusulas compromissórias em contratos de grandes obras públicas, concessões e permissões da prestação de serviços públicos e parcerias público-privadas – também impulsionada pelo crescimento do investimento no setor de infraestrutura no País –, cujos conflitos normalmente complexos e de grande repercussão econômica são adequados à solução pela arbitragem.

Embora a escolha pela arbitragem não seja a primeira opção administrativa, investidores nacionais e estrangeiros condicionam sua participação em projetos de infraestrutura à previsão de cláusula compromissória nos contratos decorrentes dos certames licitatórios, sendo este o principal motivo de sua inserção na modelagem contratual. Como consequência disso, o número de arbitragens envolvendo a Administração Pública tem crescido cada vez mais, ao ponto de já terem sido criados núcleos especializados em arbitragem nos maiores órgãos de advocacia pública.¹⁷

Com o surgimento das disputas e a atuação com arbitragem na prática, diversas questões vêm demandando regulamentação no âmbito administrativo.¹⁸ Em geral,

§ 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.

¹⁷ A Advocacia Geral da União criou o Núcleo Especializado em Arbitragem – NEA e a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo criou por lei a Assistência de Arbitragens.

¹⁸ Citem-se: Lei Estadual de Minas Gerais nº 19.477, de 12/01/2011; Lei Estadual de Pernambuco nº 15.627, de 28/10/15; Decreto Estadual do Rio de Janeiro nº 46.425, de 20/02/2018; Decreto Estadual de São Paulo nº 64.356, de 31/07/2019; e o Decreto Federal nº 10.025, de 23/09/19 (dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal

andaram bem os entes que editaram os regulamentos, podendo-se afirmar que houve muito mais acertos do que erros, gerando maior segurança jurídica aos *players* da arbitragem, nacionais e internacionais.¹⁹ Citem-se, por exemplo, o Decreto Federal nº 10.025/2019 e o Decreto do Estado de São Paulo nº 64.356/2019, que regulamentaram a utilização da arbitragem pelos respectivos entes públicos. O Município de São Paulo, por sua vez, editou o Decreto Municipal nº 59.963/2020 regulamentando o assunto.²⁰

Segundo pesquisas realizadas por Selma Ferreira Lemes sobre arbitragem em números e valores em oito câmaras²¹, em 2018 houve a participação da Administração Pública Direta e Indireta em 29 novos procedimentos arbitrais e, em 2019, em 48 novos procedimentos (em sete das oito câmaras analisadas). Considerando que o número total de arbitragens processadas nessas sete câmaras foi de 292 casos novos em 2018 e de 277 em 2019, pode-se dizer que 9,93% dos casos em 2018 e 16,66% dos casos em 2019 eram arbitragens novas com a Administração Pública Direta e Indireta.²² O aumento de quase 7 pontos percentuais de 2018 para 2019 (que representa, proporcionalmente, aumento de 70%) indica uma tendência clara de crescimento.

nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário).

¹⁹ A respeito dos regulamentos e uma análise sobre as questões polêmicas, confira: TONIN, 2020, pp. 215-235.

²⁰ O texto pode ser encontrado no link <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59963-de-7-de-dezembro-de-2020>>, acesso em 04/03/2022.

²¹ AMCHAM, CAM-CCBC, CAM-CIESP/FIESP, CAM-MERCADO (BOVESPA), CCI, CAM-FGV, CBMA e CAMARB.

²² LEMES, Selma Ferreira. Pesquisa Arbitragem em Números e Valores – 2017-2018 – Data: 2019, disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>; Pesquisa Arbitragem em Números e Valores – 2018-2019 – Data: 2020, disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>>, acesso em 22/10/2021.

Nos tópicos a seguir, serão analisados os arts. 151 a 154 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos relativamente à arbitragem, cotejados com as demais previsões legais aplicáveis ao caso.

III. Arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a Administração Pública

Considerando que só podem ser objeto de arbitragem os conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva), há bastante discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o alcance dessa previsão em relação à Administração Pública. Afinal, o que são direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública?²³

Esta provavelmente é a questão mais relevante envolvendo as arbitragens com a Administração Pública, já que os limites da jurisdição arbitral ainda estão em discussão e construção pela comunidade acadêmica, pelos profissionais que estão atuando nessas arbitragens e pela jurisprudência (arbitral e estatal).²⁴

É comum que as cláusulas compromissórias mais modernas sejam específicas sobre as matérias que podem ser levadas para a arbitragem e aquelas que estão excluídas da jurisdição dos árbitros.

²³ A esse respeito, confira: TONIN, 2019, pp. 135-144.

²⁴ Para Mauricio Portugal Ribeiro, há dois limites para a utilização da arbitragem nos contratos de concessão. O primeiro seria a supremacia da Administração Pública em relação às questões regulatórias e relativas ao poder de polícia. Como titular – e responsável, em última análise, pela prestação do serviço – cabe à Administração determinar as características do serviço, seus níveis de qualidade e de segurança. Cabe-lhe também zelar pela manutenção de condições de continuidade. Descaberia, por isso, segundo o autor, a utilização da arbitragem em controvérsias sobre as assim chamadas “cláusulas regulamentares” do contrato. A utilização da arbitragem não deve resultar em restrição ou limitação do poder da Administração de adequar os contratos administrativos ao cumprimento do interesse público envolvido (RIBEIRO, 2011).

Alguns atos legislativos dispuseram a esse respeito. O art. 2º, parágrafo único, do Decreto Federal nº 10.025/2019 prevê em rol exemplificativo três controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis que podem ser resolvidas na arbitragem, quais sejam: (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Tal previsão é muito semelhante à do art. 31, § 4º, da Lei Federal nº 13.448/2017 (Lei de Relicitação), que dispõe acerca das regras para prorrogação e Relicitação dos contratos de parcerias firmados nos termos do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 151 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, acima transcrito, na mesma linha, cita exemplificativamente controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência 139.519-RJ, enfrentou uma série de questões jurídicas envolvendo a arbitragem com a Administração Pública, sendo uma delas a análise dos direitos patrimoniais disponíveis envolvidos no litígio²⁵. Naquela oportunidade, constou do acórdão que “sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula

²⁵ Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, 1ª seção, por maioria, DJ 11/10/2017.

arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público” e que “conclui-se que a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu atendimento”.

Por outro lado, questiona-se se poderiam os árbitros declarar a invalidade de um ato administrativo, como a decretação de caducidade da concessão pelo Poder Público, ou mesmo decretar a invalidade de um processo administrativo que teve por objeto a aplicação de penalidade.

Pois foi o que aconteceu na Arbitragem nº 611 da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, entre a Sagua – Soluções Ambientais de Guarulhos S/A (Requerente) e o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE e o Município de Guarulhos (Requeridos), relativa a um contrato de prestação de serviço de saneamento básico no Município de Guarulhos.

Na sentença parcial proferida em 19 de fevereiro de 2021, o Tribunal Arbitral²⁶ entendeu por bem declarar, entre outras coisas, a invalidade do ato que decretou a caducidade do Contrato de PPP, bem como de processos administrativos que culminaram com aplicação de sanções à contratada.²⁷

Por um lado, parece inevitável que o Tribunal Arbitral tenha que enfrentar a discussão de legalidade de atos praticados pela Administração Pública em relação ao contrato objeto de disputa em arbitragem, quando o julgamento sobre os pedidos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis dependa dessa solução incidental. Vale dizer, a requerente terá direito a uma indenização ou a

²⁶ Constituído por Lauro da Gama e Souza Jr., Fernando de Oliveira Marques e Selma Maria Ferreira Lemes.

²⁷ Sentença parcial disponível no link https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA_20210219_Sentenc%CC%A7a_Arbitral_Parcial_0.pdf, acesso em 26/10/2021.

devolução do valor retido a título de multa contratual caso se reconheça a contrariedade à lei ou ao próprio contrato nos atos do contratante estatal. Neste contexto, o julgamento é incidental ao pedido principal que constará no dispositivo, caso seja procedente: condenação ao pagamento de indenização ou de liberação do valor da multa.

Todavia, no caso de Guarulhos a declaração de invalidade da caducidade e de processos administrativos não foi incidental, mas constou do dispositivo da sentença parcial arbitral, fazendo coisa julgada entre as partes. Esta solução é questionável, pois extrapola o julgamento de disputa envolvendo direitos patrimoniais disponíveis das partes e avança para o controle de legalidade de atos administrativos e de processos administrativos como objeto principal da arbitragem. A causa de pedir não pode se confundir com o pedido.

Para evitar situações como essa, é possível incluir na convenção de arbitragem previsão de que o controle de legalidade de atos administrativos, quando constituir o pedido principal da contratada, somente poderá ser realizado pelo Poder Judiciário.

Por fim, ainda sobre os limites da arbitragem, a sentença arbitral não poderia determinar ao Poder Público que retomasse o contrato extinto, por considerar ilegal a rescisão. Este tipo de tutela jurisdicional está fora da jurisdição dos árbitros. O que a Lei permite ao tribunal arbitral é determinar a extinção do contrato, conforme previsto no art. 138, inc. III, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, acima transcrito.

IV. Arbitragem de direito e a observância da publicidade

Pelo artigo 152 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - que repete o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, incluído pela Lei nº 13.129/2015 -, a

arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Com isso, inicialmente, o legislador vedou a possibilidade de o árbitro julgar por equidade caso envolvendo o Poder Público, a qual é construída com base em critérios subjetivos, levando em conta a noção de justiça e de equilíbrio que o julgador venha a adotar.

Embora seja um fundamento válido em decisões entre particulares²⁸, esse critério não pode ser eleito para temas envolvendo entes estatais. Neste sentido, a norma introduzida em 2015 e repetida em 2021, na verdade, apenas tornou explícito aquilo que já era implícito e, portanto, aplicável às arbitragens envolvendo Poder Público. Por força do princípio constitucional da legalidade (art. 37, caput, CF/88), a Administração só pode se submeter a uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas postas formalmente na lei.

Não fosse assim, a arbitragem poderia ser uma fuga, uma porta dos fundos aberta ao administrador público em relação ao cumprimento da lei. Ele, sozinho, não poderia praticar um ato ilegal, sob pena de responder perante os órgãos de controle e ser punido, até por improbidade. Porém, através da arbitragem e um julgamento por equidade, poderia realizar um ato ilegal, de acordo com a sentença arbitral.

De outra parte, a arbitragem observará o princípio da publicidade. A esse respeito, é importante notar que a publicidade prevista no art. 2º, § 3º da Lei de Arbitragem (repetida no art. 152 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) não é a publicidade dos arts. 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37, caput, da Constituição Federal, que denotam a transparência inerente à Administração Pública²⁹. Trata-se,

²⁸ O art. 2º, caput, da Lei de Arbitragem prevê que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

isto sim, da publicidade do processo, prevista nos arts. 5º, inc. LX³⁰, e 93, inc. IX³¹, da CF/88.

Portanto, diferentemente do que alguns autores e algumas câmaras de arbitragem têm defendido e praticado, a publicidade é do processo arbitral e não da atuação estatal na arbitragem. Não cabe à parte dar publicidade do processo arbitral do qual participa, até porque o processo não tramita no âmbito da Administração Pública. A arbitragem não é um processo administrativo, evidentemente, mas um processo de caráter jurisdicional que existe fora do Poder Público. Quem possui todos os atos processuais e a compilação (física ou eletrônica) desses atos, constituindo os autos do processo arbitral, é a câmara de arbitragem, ou o tribunal arbitral nos casos *ad hoc*.

Isto posto, cabe à câmara ou ao tribunal arbitral nos casos *ad hoc* – assim como cabe ao Poder Judiciário no caso

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

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

³⁰ Art. 5º (...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

³¹ 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;

dos processos judiciais, inclusive entre particulares –, e não à parte estatal, dar publicidade do procedimento arbitral e dos atos processuais praticados pelas partes, reservado o sigilo de documentos e informações decorrente de previsão legal.³²

O Decreto Federal nº 10.025/2019 seguiu essa linha ao prever que, exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações sobre o processo de arbitragem (art. 3º, inc. IV e p.ú.). No mesmo sentido foi o Decreto do Município de São Paulo nº 59.963/2020 (art. 16, § 1º).

Por outro lado, não se espera que uma arbitragem, por ser procedimento conduzido perante instituição privada, possua o mesmo grau de publicidade de um processo judicial. A privacidade não se confunde com confidencialidade, razão pela qual não se deve imaginar que qualquer pessoa poderia comparecer à instituição, a qualquer momento, para tirar cópia dos autos. Não obstante, ao menos as informações essenciais da arbitragem deverão estar disponíveis na página da instituição na internet, podendo cópias de documentos, peças e atos processuais não sigilosos serem disponibilizadas mediante requerimento dos interessados, devidamente identificados.

V. Possibilidade de aditamento aos contratos para inclusão de cláusula compromissória

É fato que a imensa maioria dos contratos públicos ainda não possui cláusula de solução de disputas elegendo a mediação e/ou a arbitragem como métodos a serem utilizados no caso de surgimento de controvérsias entre as partes.

³² Este também parece ser o entendimento de Francisco José Cahali: “*temos para nós, como referido, que a publicidade deve ser ampla, tal qual se tem no Judiciário, com total transparência, e acesso de qualquer pessoa ao conteúdo do procedimento. E assim, caberá também à Instituição, disponibilizar estas informações aos interessados*” (CAHALI, 2017, p. 433).

Na esteira do que foi mencionado anteriormente, nem todos os contratos devem ter essas cláusulas, mas apenas aqueles em que as controvérsias sejam adequadas de serem resolvidas por esses mecanismos alternativos. Nada impede que esses contratos sejam aditados com a finalidade de inclusão de cláusula de mediação, de cláusula compromissória ou mesmo de cláusula escalonada med-arb. Poder-se-ia, também, prever um escalonamento med-db-arb, como nos contratos do Programa de Desestatização da Prefeitura de São Paulo³³.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos admite expressamente o aditamento com essa finalidade no art. 153, acima transcrito. Neste sentido, é possível interpretar essa norma legal abrangendo também os contratos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/93, e não apenas os contratos celebrados com base na Lei nº 14.133/2021. Isso porque a redação do dispositivo não restringe a sua eficácia apenas às contratações regidas por esta Lei, mas abrange os contratos em geral.

Faz-se ressalva apenas à possibilidade de aditamento para inclusão de cláusula de *dispute board* nos contratos assinados pela Administração Pública do Município de São Paulo. Tal se justifica pelo fato de a Lei Municipal nº 16.873/2018, que regulamenta o comitê de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Administração direta e indireta do Município de São Paulo, exigir previsão no edital e no contrato (art. 1º).³⁴ Neste caso, prevalece a previsão da lei especial em face da lei geral.

³³ Citem-se, exemplificativamente, os contratos de concessão do estádio do Pacaembu e do Parque do Ibirapuera, que preveem o escalonamento entre mediação, *dispute board* e arbitragem.

³⁴ Art. 1º Os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo

Da mesma forma, nada impede que, diante de um conflito concreto já existente e ausente a cláusula compromissória no contrato, as partes celebrem compromisso arbitral, elegendo este método privado – e jurisdicional – de solução de controvérsias.

VI. O processo de escolha dos árbitros

Uma das grandes vantagens da arbitragem é a escolha pelas partes daqueles que irão decidir o mérito do conflito e dizer quem tem razão.

As regras para nomeação dos árbitros estão definidas nos arts. 13 e seguintes da Lei de Arbitragem, bem como no art. 154 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Pela Lei de Arbitragem, deve o árbitro ser pessoa capaz e que tenha confiança das partes. Ter a confiança não implica em atuar como representante da parte no tribunal arbitral. A única expectativa que a parte pode ter em relação ao árbitro que nomeou se relaciona à condução da arbitragem com competência, imparcialidade e independência, dedicando-se à avaliação minuciosa das provas e argumentos das partes, decidindo de acordo com a lei.³⁵

observarão as disposições desta lei e deverão, quando aplicáveis, estar previstos, respectivamente, no edital e contrato.

³⁵ A Lei de Arbitragem prevê que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (art. 13, § 6º). A lei impede de atuar como árbitros as pessoas que, segundo a regência do processo civil comum, estariam em situação de suspeição ou impedimento (art. 14). De modo muito similar ao que está no Código de Processo Civil, abre também caminho para a recusa do árbitro pela parte e para a abstenção a ser declarada por ele próprio, sendo esse um dever do profissional nomeado para atuar como tal. O dever de revelação é exaltado pela doutrina sempre em nome da boa-fé, indispensável na arbitragem, de forma que, na dúvida, é melhor que o árbitro revele tudo e qualquer contato que tenha tido com o caso ou com as partes. Tal conduta também gera segurança para o árbitro, que afastará a

Os regulamentos das câmaras de arbitragem normalmente dispõem que, após iniciado o procedimento com o requerimento de arbitragem, cada uma das partes indicará um árbitro, cabendo aos indicados, ou à câmara, eleger o terceiro árbitro, que presidirá o tribunal arbitral.³⁶

Já pela Lei nº 14.133/2021, o art. 154 inovou ao prever que a escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Inicialmente, é importante ressaltar que, em nosso sentir, esse dispositivo é aplicável apenas à indicação de árbitro ou árbitra pela Administração Pública, pois não é possível realizar o controle de discricionariedade da indicação de árbitro pela parte privada, nem pelos coárbitros que elegem o terceiro árbitro presidente, ou pela câmara que indica o terceiro árbitro presidente, quando for o caso.

Em outras palavras, não se pode exigir que a escolha de árbitros pelo litigante privado, pelos coárbitros e pela câmara seja com a observância dos critérios isonômicos, técnicos e transparentes, mas tão-somente que se observe a necessária imparcialidade dos indicados, nos termos da Lei de Arbitragem. O mesmo raciocínio se aplica à escolha dos membros do comitê de resolução de disputas (*dispute board*). Daí que não se compreende da expressão “*colegiados arbitrais*”³⁷ que tais critérios se apliquem a todos os árbitros

possibilidade de ser responsabilizado em razão de ter julgado processo em que era parcial ou dependente.

³⁶ Os itens 4.4 e 4.9 do regulamento de arbitragem do CAM-CCBC (Câmara de Comércio Brasil-Canadá) e o art. 12 do regulamento de arbitragem da CCI (Câmara de Comércio Internacional), por exemplo, assim dispõem, sendo que no caso da CCBC a indicação do terceiro árbitro, em regra, será pelos árbitros indicados pelas partes, enquanto no caso da CCI a indicação do terceiro árbitro, em regra, será pela Corte.

³⁷ Questiona-se se o legislador quis se referir aos órgãos arbitrais, ou seja, às câmaras de arbitragem, quanto utilizou a expressão “colegiados arbitrais”. Faria muito mais sentido que a escolha das câmaras deva seguir os critérios isonômicos, técnicos e transparentes. Ademais, a expressão normalmente

que compõem o tribunal arbitral, sob pena de se suprimir a autonomia da vontade das partes que é um princípio fundamental da arbitragem.

Por outro lado, fica evidente que não se aplica a licitação pública ou o cadastramento de árbitros para atuarem nas arbitragens, quando indicados pela Administração Pública. A escolha é discricionária, desde que amparada nos critérios isonômicos, técnicos e transparentes. A dificuldade para interpretação desse dispositivo legal é, justamente, o de definir o que são critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Considerando que devem ser indicados profissionais com expertise na matéria que será discutida na arbitragem, os critérios técnicos devem ser compreendidos como aqueles relativos à qualificação do potencial árbitro ou árbitra, isto é, sua formação acadêmica, sua especialização em determinada área do Direito, sua experiência em determinado mercado de trabalho ou setor da economia etc., que sejam convergentes com a natureza do litígio.

Já a observância de critérios isonômicos gera maior dúvida, pois a escolha de um indicado exige que se faça uma comparação entre os possíveis profissionais que se adequem à atuação como árbitro a partir dos critérios técnicos, devendo-se dar preferência àquele que pareça ser mais favorável à(s) tese(s) defendida(s) pela Administração Pública na arbitragem. Afinal, trata-se de decisão crucial e estratégica, sobretudo considerando o profissional indicado pela contraparte.

Garantir a igualdade entre os possíveis indicados não é uma tarefa simples, na medida em que podem existir muitas variáveis e diferenças entre os profissionais pré-selecionados para serem indicados: mais ou menos tempo de

utilizada é “tribunal arbitral” e não “colegiado arbitral”. Contudo, a melhor interpretação da expressão “colegiado arbitral” é de referência ao tribunal arbitral.

experiência na área de atuação; maior ou menor titulação acadêmica; maior ou menor número de arbitragens que tenha atuado como árbitro; maior ou menor produção acadêmica, com publicação de livros e artigos sobre o tema; maior ou menor disponibilidade etc. Isso sem falar em outras questões, como gênero, raça, idade e nacionalidade.

Dessa forma, a observância da isonomia no caso concreto será concretizada quanto mais objetivos forem os critérios utilizados para seleção, em detrimento de critérios subjetivos. Por exemplo, entre dois profissionais igualmente qualificados em determinada área de conhecimento, aquele que tiver título de doutorado terá preferência àquele que tiver apenas nível superior completo. No caso de dois ou mais profissionais com igual nível de qualificação acadêmica, passa-se a outro critério objetivo de seleção, como quantidade de publicações sobre o tema. E assim por diante. Não poderá ser utilizado como critério de seleção características subjetivas dos candidatos, sob pena de se violar a isonomia.

Ressalva-se, como já dito acima, que a maior convergência do indicado com a posição da Administração Pública defendida no litígio – quando isso for possível de ser verificado de forma antecipada, de acordo com manifestações públicas do profissional em artigos e palestras, por exemplo ³⁸ – é essencial para uma maior probabilidade de sucesso na disputa. Assim, este critério subjetivo será importante na seleção.

Por fim, a transparência é inerente à Administração Pública, nos termos do art. 37, caput, da Constituição. Não se admite que os critérios utilizados pelo Poder Público para indicar árbitros sejam sigilosos, obstando-se o controle dos

³⁸ Em alguns casos não será possível fazer essa análise, pois o resultado do processo dependerá da produção de provas cujo conteúdo não é possível prever no início do procedimento arbitral.

atos administrativos. Por isso, a Lei dispõe que os critérios de escolha dos árbitros deverão ser transparentes.

Analisando-se as leis e decretos que regulamentaram a utilização da arbitragem pelos respectivos entes públicos, nenhum deles prevê o procedimento para indicação do árbitro pela administração, nem a quem cabe esta decisão. A melhor prática sugere que a decisão pela escolha do profissional deve se dar em processo administrativo perante o órgão de advocacia pública, devidamente motivada com base nos critérios acima mencionados. O ideal é que vários nomes sejam considerados e, se possível, também justificado por que não foram indicados, ao final, para o caso concreto, diante dos critérios de isonomia e especialização.³⁹

Conclusão

A utilização da arbitragem pela Administração Pública vem crescendo nos últimos anos a ponto de ser um caminho sem volta. Os gestores e advogados públicos precisam estudar e se capacitar cada vez mais em arbitragem, pois o número de casos tende a aumentar, assim como o montante de recursos em disputa.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, atenta à essa realidade, prevê um capítulo sobre os métodos alternativos de resolução de controvérsias, entre os quais está a arbitragem. O estímulo da Lei à utilização de diferentes mecanismos de solução de disputas é convergente com outros diplomas legais e com a ideia de um sistema multiportas à disposição dos litigantes que procuram o tratamento adequado das controvérsias.

³⁹ Não é prática incomum a realização de entrevistas com candidatos a árbitros. O que se espera dos entrevistadores – do setor público e do privado – e dos entrevistados é a adoção de condutas éticas, sendo defeso tratar especificamente do caso concreto e o adiantamento de possível entendimento do candidato sobre o desfecho da arbitragem.

Neste estudo, buscou-se analisar brevemente as disposições contidas nos artigos 151 a 154 da Lei, especialmente em relação à arbitragem, sendo certo que a doutrina ainda precisará se debruçar sobre o tema para obter a melhor interpretação da norma.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução** CNJ 125/2010. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. A Arbitragem como Meio Adequado de Resolução de Litígios, *In* RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.), **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 199-210.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: vol. I. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Pesquisa Arbitragem em Números e Valores - 2017-2018 - Data: 2019**, disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>, acesso em 25/01/2021.

_____. **Pesquisa Arbitragem em Números e Valores - 2018-2019 - Data: 2020**, disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>>, acesso em 25/01/2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MNOOKIN, Robert H.; PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. **Mais que vencer**: negociando para criar valor em negócios e disputas. Tradução: Mauro Gama. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

TONIN, Mauricio Morais. **Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos Envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019.

_____. A regulamentação da utilização da arbitragem pela Administração Pública no Brasil: questões polêmicas. *In* TONIN, Mauricio Morais; BEYRODT, Christiana; NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MOREIRA, Antônio Júdice (Coord.), **Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 215-235.

_____. O Desenho de Sistema de Solução de Disputas (DSD) pela Administração Pública: a utilização adequada dos meios de solução de conflitos. *In* OLIVEIRA FILHO, Gilberto Bernardino; MARCO, Nathalia Leone (Org.), **A Boa Gestão Pública e o Novo Direito Administrativo: dos conflitos às melhores soluções práticas**, 1ª ed., São Paulo: SGP – Soluções em Gestão Pública, 2021, pp. 398-427.

Medidas Autossatisfativas (*Medidas Autosatisfactivas*) no ordenamento jurídico Argentino e sua previsão no Brasil

Self-Sufficiency Measures¹ in Argentina's law and its use in national law

Caroline de Camargo Silva Venturelli ²

RESUMO

Este artigo trata das medidas autossatisfativas no ordenamento jurídico argentino, trazendo seu conceito, características, diferenças e semelhanças com outras medidas consideradas urgentes no sistema processual, bem como exemplos de seu uso, especialmente casos concretos mais relevantes. Há análise relativamente à sua constitucionalidade e utilidade prática a serviço da efetividade da resposta judicial a assuntos urgentes. Também se exploram as legislações que a preveem naquele país, como códigos provinciais de La Pampa, Corrientes, El Chaco, Formosa, San Juan e Misiones. Aquelas que não as preveem expressamente, como em Santa Cruz, Chubut, Santiago del Estero, Santa Fé, Catamarca, Neuquén, La Rioja, Entre Ríos, Jujuy, Tierra del Fuego, Río Negro, Tucumán, Mendoza, Salta e Buenos Aires, admitem seu uso com base em fundamento principiológico, qual seja, de que todo direito deve ser tutelado, de modo efetivo. Finalmente, uma abordagem do

¹ Termo utilizado para descrição da medida autossatisfativa em inglês por autores argentinos, como María Marta Ventos Maturana.

² Procuradora do Município de São Paulo. Mestranda em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel.

tema, à luz do ordenamento brasileiro, advindo as conclusões do trabalho.

Palavras-chave: medidas autossatisfativas; tutelas de urgência; legislação processual.

ABSTRACT

This article deals with self-sufficiency measures (*medidas autosatisfactivas*) in Argentine's legal system, bringing their concept, characteristics, differences and similarities with other measures considered urgent in the procedural system, as well as examples of their use, especially more relevant cases. There is a analysis regarding their constitutionality and practical usefulness in the service of the effectiveness of the judicial response to urgent matters. The legislation that provides for them in Argentina is also explored, such as La Pampa, Corrientes, El Chaco, Formosa, San Juan e Misiones provincial codes. Those that do not expressly provide for them, as Santa Cruz, Chubut, Santiago del Estero, Santa Fé, Catamarca, Neuquén, La Rioja, Entre Ríos, Jujuy, Tierra del Fuego, Río Negro, Tucumán, Mendoza, Salta and Buenos Aires, admit their use based on principled ground: that every right must be effectively protected. Finally, an approach to the theme, in the light of Brazilian legal system, resulting the conclusion of this study.

Keywords: self-sufficiency measures; urgency measures; procedural law.

Introdução: Considerações iniciais

O estudo das medidas autossatisfativas³⁴ na Argentina ganha fôlego com o movimento pós-modernista em matéria de processo civil.

Peyrano lembra que o processo civil pós-moderno consagra soluções particulares para situações excepcionais, constituindo-se uma válvula de escape para o sistema tal como ele é. A mudança de paradigmas é necessária para a vinda de novas teorias, soluções e ferramentas⁵, como a autossatisfação do direito.

Assim, uma concepção uniforme do processo que tem capacidade para oferecer uma única resposta, impede o

³ Maria Cecilia Domínguez cita que o termo não é o único utilizado na Argentina. Como sinônimos, é possível citar Cautela material ou substancial (Morello, Berizonce, De Lázzari, Madariaga e Etcheverry); Cautela satisfactiva (Mrello), Medida cautelar sustancial como instrumento de la Tutela civil inhibitoria (Lorenzetti), cautelares atípicas (Barrios de Angelis, Uruguay), Declaraciones de certeza com predominante función ejecutiva (Calamandrei), Cautelar autosatisfactiva (fallos da jurisprudência argentina), anticipación impropia por consumación (Rivas en *“La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional, LL, Actualidad del 22/2/96 p. 2 y “La revolución procesal”. Revista de Derecho Procesal. Medidas Cautelares. Ed. Rubinzal Culzoni. 1998. pág. 134/135*) In DOMÍNGUEZ. *Procedencia y justificación constitucional y normativa de las medidas autosatisfactivas. Las dimensiones de su posible extensión: urgencia, daño y derecho patente o evidente.* Jurisprudencia Santafesina. Ref. Imprensa: Revista n° 97, p. 97, nota 43.

⁴ Roland Arazi afirma que o termo anticipación impropia por consumación foi selecionado porque as medidas não procuram satisfazer-se a si mesmas, mas ao demandante, e, em segundo, porque o termo “satisfactivo/a” não existe em língua espanhola. Em todo o caso, seria “satisfactorio/a. Mas, o autor reconhece que o título autossatisfativo é conhecido por todos os operadores jurídicos e não oferece dúvidas: na linguagem é mais importante a clareza da mensagem do que a exatidão dos termos utilizados. In ARAZI, Roland. *Tutela Inhibitoria.* Revista de Derecho Procesal. 2008. *Tuteladas procesales diferenciadas.* P. 90.

⁵ PEYRANO, Jorge W.. *Aprovechamiento del pensamiento contemporáneo por el derecho procesal civil actual.* Consultado em <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1115-aprovechamiento-del-pensamiento-contemporaneo-derecho-procesal-civil>, no dia 14 de outubro de 2020.

acesso à justiça e a entrada nos Tribunais de uma infinidade de litígios que podem muito bem ser decididos de maneira rápida e simples.

Maria Cecilia Dominguez diz que doutrina e jurisprudência vêm delineando firmemente os contornos de uma classe de respostas a situações em que a satisfação do direito é urgente e enseja o uso de processos simplificados no âmbito das manifestações em contraditório, pois, neste sentido, estas relações (em contraditório) surgem modificadas⁶.

Ríos⁷, aludindo a Roland Arazi, discorre que na Argentina, rios de tinta e gerações inteiras de grandes pensadores do Direito foram destinadas à busca de soluções tendentes a obter a mais rápida satisfação dos interesses em conflito.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, no XII Congresso Mundial de Direito Processual ocorrido no México em setembro de 2003, concluía que o procedimento ordinário de conhecimento não podia mais ser considerado uma técnica universal de solução de controvérsias, sendo necessário substituí-lo, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado e capaz de fazer frente às situações de urgência⁸.

Assim, foi percebido que a tutela clássica ou ordinária, conformada fundamentalmente pela tutela cognitiva ou declaratória e a tutela executiva (na qual se acrescentou a tutela cautelar), não eram ou são suficientes para atender aos reclamos contemporâneos. Neste contexto surgem os

⁶ Op. cit. p. 97.

⁷ RÍOS, Carlos Antonio Perez. *Reflexiones sobre las medidas autosatisfactivas*. Revista Jurídica Docentia et Investigatio. Facultad de Derecho.N.M.S.M. Vol. 12, nº1, p. 70.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año III- Nº 4, 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal Culzoni, Febrero 2004.

estudos sobre medidas diferenciadas⁹, dentre elas, a denominada autossatisfativa, classificada como medidas urgentes¹⁰.

Neste sentido, então, toda a sociedade argentina aspira por um direito efetivo, e nesta vertente, o pensamento contemporâneo, ao descrever de ideias rígidas e excludentes, prefere a eficiência e o pragmatismo¹¹, para trazer novas alternativas processuais.

Este, então, o contexto no qual se inserem os estudos das medidas autossatisfativas no ordenamento argentino.

1. Natureza das medidas autossatisfativas

O problema do tempo do processo é elemento fundamental para compreensão da importância e abrangência da aplicação das medidas autossatisfativas.

Por seu lado, Gozaini aduz que medidas urgentes são aquelas que exigem, particularmente, uma resposta rápida do poder jurisdicional. Urgentes, diz ele, não são os processos, mas a pretensão que o origina e que constitui o seu objeto. Assevera que são modalidades de medidas

⁹ Ríos cita que a doutrina inclui na classificação de tutelas diferenciadas as tutelas preventivas ou inibitórias, a tutela de urgência e a tutela antecipada. As medidas autossatisfativas estão categorizadas como medidas diferenciadas de urgência. Op. cit. p. 70.

¹⁰ Referência: ARAZI, Roland, KAMINKER, Mario E. Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata. Medidas autosatisfactivas. Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 40.

¹¹ Diz Peyrano que "(...) la aparición y difusión en Argentina de una suerte de Derecho Procesal Civil de excepción (las medidas autosatisfactivas, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la tutela anticipada, etc) que consagra soluciones particulares para situaciones excepcionales, constituyendo así una válvula de escape para el sistema respectivo pensado por y para los casos corrientes. Casi diríamos que el mencionado Derecho Procesal Civil de excepción es un salvador del sistema, máxime en momentos en los cuales se registra una creciente resistencia hacia el pensamiento sistemático". Op. cit. p. 02.

urgentes a medida cautelar clássica, a tutela antecipatória e a tutela autossatisfativa autônoma¹².

Juntamente com as medidas cautelares clássicas e o uso de resoluções antecipatórias, as medidas autossatisfativas figuram como possível solução para superação do tempo processual, sendo elas consagração jurisprudencial de uma das manifestações dos processos urgentes¹³.

Este o sentido do enunciado formulado no XVIII *Congreso Nacional de Derecho Procesal* ocorrido em Santa Fé, em junho de 1995, no qual foi declarado que: “A categoria do processo urgente é mais ampla do que a do processo cautelar, porque a primeira compreende também as denominadas medidas autossatisfativas e as resoluções antecipatórias”.

Desde a origem das discussões sobre medidas autossatisfativas ou, pelo menos desde 1995, então, se nota seu descolamento dos processos cautelares na Argentina, e, apesar de serem estudados muitas vezes em conjunto nos livros e manuais argentinos, são providências distintas.

A este respeito, esquema doutrinário didático no qual se visualizam uma das classificações dos processos ou medidas urgentes no direito argentino:

¹² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (coord). Colección de Análisis Jurisprudencial: *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 380.

¹³ Sobre os processos urgentes, Carlos Antonio Perez Ríos cita que naquele ordenamento, sob influência da doutrina italiana que há mais de vinte anos vem estudando a tutela de urgência como antecipação de tutela, graças aos trabalhos de Morello, Peyrano e Berizonce se começou a realizar estudos sobre a tutela de urgência; se atribui ao jurista Mario Augusto Morello a introdução de uma classificação de processos que hoje abarca oito tipologias, entre os quais figuram processos de resposta imediata, ou seja, processos urgentes, entre os quais, o amparo, interditos, habeas corpus, a medida cautelar substancial, as injunções, proibições, etc. Correspondendo a outro distinto doutrinador: Jorge W. Peyrano veio a consagração jurisprudencial de uma das manifestações dos processos urgentes: As medidas autossatisfativas. In RIOS, Carlos Antonio Perez. *Reflexiones sobre las medidas autosatisfactivas*. Revista Jurídica Docentia et Investigatio. Facultad de Derecho.N.M.S.M. Vol. 12, nº1, p. 70.

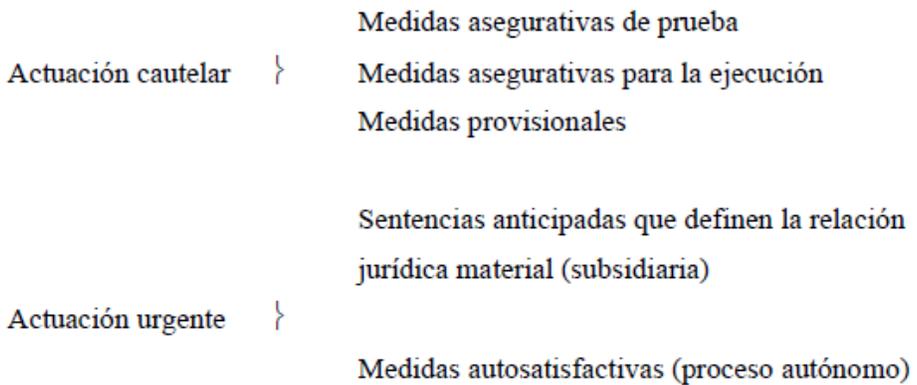


Figura 2

A jurisprudência argentina caminha no mesmo sentido:

“La medida autosatisfactiva – en el caso, a fin de otorgar una jubilación por invalidez – constituye una especie del género de los procesos urgentes, como las medidas cautelares, las resoluciones anticipatorias, em régimen del amparo y del habeas corpus, tutelas diferenciadas que están caracterizadas todas por reconocer que en su seno el factor tiempo posee una relevancia superlativa, y cuya creación la Constitución Nacional no desalienta” (JNFed. Seg. Social, nº7, 2000/03/17, “Alonso M c. ANSES, La Ley, 2000-E, 554 – DJ 2000-3-608).

Assim, o contexto e aplicação destas medidas se dá em casos nos quais o tempo do processo representa um obstáculo insuperável para salvar a vida do direito certo, em risco iminente de sofrer um prejuízo irreparável (direito à

¹⁴ Op. cit. p. 364.

vida, à saúde, subsistência, intimidade, dignidade etc.) e a pretensão urgente somente é satisfeita através de uma decisão - mais do que oportuna - **imediate e definitiva** e se esgota na proteção ou tutela do direito em perigo, por meio da autossatisfação¹⁵.

Trazendo dissidência, Maria Cecilia Domínguez aduz ainda que, se bem que urgente ao menos parcialmente, a medida autossatisfativa ainda poderia ser propriamente classificada como tutela diferenciada, pois há casos nos quais ela poderia ser deferida, sem a caracterização da urgência¹⁶.

Jorge Peyrano é quem a introduz, juntamente com outros autores como Carlos Carbone¹⁷ na classificação de tutela diferenciada, e, anota que a tutela seria diferenciada porque alude à sua qualidade de “distinta ou diferente” daquelas tutelas tradicionais de uso corrente, por tentar preservar direitos materiais que não requerem um tratamento processual específico¹⁸.

Este autor afirma, inclusive, que algumas situações de urgência não encontram devida solução no marco do processo judicial ortodoxo e cunha o princípio de que

¹⁵ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (coord). Colección de Análisis Jurisprudencial: *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 382.

¹⁶ DOMÍNGUEZ, María Cecilia. *Procedencia y justificación constitucional y normativa de las medidas autosatisfactivas. Las dimensiones de su posible extensión: urgencia, dño y derecho patente o evidente*. In Jurisprudencia Santafesina. Ref. Imprensa: Revista n° 97, p. 79.

¹⁷ Referências bibliográficas citadas por Maria Cecilia Dominguez: Carbone, Carlos A. “La noción de tutela jurisdiccional diferenciada para abarcar fenómenos distintos como latutela anticipatoria y la de autosatisfacción.” LL-2000-A-1996 y “La tutela procesal diferenciada: opacidad conceptual y su repercusión en los procesos cualificados por la urgencia y la evidencia, subcautelares e infra o mini diferenciados.” *Revista de Derecho Procesal. Tutelas Procesales Diferenciadas- II- 2009-1- Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 83.*

¹⁸ PEYRANO, Jorge W. “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?” *Revista de Derecho Procesal. Tutelas procesales diferenciadas*. Ed. Rubinzal Culzoni, 2008, p. 21.

“embora tudo o que é cautelar seja urgente, nem tudo o que é urgente é cautelar”¹⁹.

Caracterizada, então, como medida de natureza urgente ou diferenciada pela doutrina, a medida autossatisfativa não está prevista no *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)*, de aplicação federal²⁰, mas aparece na disciplina de Códigos provinciais, o que será visto em momento oportuno.

2. Conceito doutrinário das medidas autossatisfativas

Jorge Peyrano define, em um primeiro momento, a medida autossatisfativa como solução jurisdicional urgente, autônoma, concedida *inaudita altera parte* e mediante uma forte probabilidade do direito²¹. Importa, portanto, em satisfação definitiva dos requerimentos de seus postulantes

¹⁹ Em espanhol: “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar” In PEYRANO, Jorge W. *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*. J.A. 1997-II-926. Lexis 0003/001073.

²⁰ MIDÓN, Gladis E. MIDÓN, Marcelo S. *Manual de derecho procesal civil*. 2ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014. p.684/685.

²¹ Este conceito foi exposto por Jorge Peyrano no XIX Congresso Nacional de Direito Processual celebrado em Corrientes em agosto de 1997. Referência em Ríos, op.cit. p. 70.

e constituem medidas urgentes distintas das medidas cautelares clássicas²²²³.

Domínguez cita que Peyrano acrescentou à primeira definição o fato de considerar a medida autossatisfativa como requerimento “urgente” formulado ao órgão jurisdicional que se esgota – por isso é autossatisfativa – com decisão favorável, não sendo necessária a postulação de demanda ulterior principal para evitar a sua caducidade²⁴.

²² Segundo os MIDÓN, a tutela cautelar é assegurativa ou conservativa do direito, porque pretende preservar a inalterabilidade da situação fática ou jurídica, contra o perigo que ameaça o direito. Ela gira em torno, em maior ou menor grau, de um direito subjetivo constitucional verossímil, provável ou certo. Assim, o juiz preserva, de forma precária ou provisória, por via cautelar, o *ius utendi e o ius fruendi* do bem da vida pretendido, sem ***pronunciar-se sobre a titularidade dos bens ou direitos, nem condenar ou absolver o autor da conduta ou ato impugnado, deixando-se a resolução para a sentença de mérito.*** A cautelar clássica é caracterizada pela sumariedade da cognição, a provisoriedade, mutabilidade e discricionariedade, prevenção, responsabilidade (contracautela), caducidade (caso não ajuizado o processo principal). Op. cit. p. 286. Estão previstas no *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* nos artigos 195 e seguintes. O sistema argentino dissonante do Brasil neste aspecto, mantém a disciplina das medidas cautelares em espécie, sendo exemplos: Embargo preventivo, sequestro (outros bens móveis ou semoventes, caso o embargo não garanta o direito invocado pelo solicitante), intervenção judicial, inibição (indisponibilidade) geral de bens e gravame (anotação da lide); proibição de inovar e proibição de contratar (sobre determinados bens), proteção de pessoas.

²³ Outra definição do autor: “En síntesis: las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover “vias de hecho”, sin tener que recurrir al efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, a veces, no desean promover los justiciables. PEYRANO, Jorge W. *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas Autosatisfactivas.* *Ius et veritatis*, n. 15, 1997, p. 15.

²⁴ Op. cit. p. 80.

Nesta esteira, a urgência intrínseca estaria vinculada à concessão da autossatisfação do direito, e ela consiste nos casos em que existem provas que demonstrem a evidência ou alta probabilidade do direito, permitindo a resposta jurisdicional imediata e eficaz, ou seja, a urgência intrínseca apresenta uma relação imediata entre a pretensão satisfativa e o dano, toda vez que a pretensão autossatisfativa tem como um fim em si mesma evitar o dano. Não se busca assegurar o cumprimento da sentença, nem acautelar seu ulterior desenlace, mas interessa o cumprimento imediato, no presente²⁵.

Ríos a define como uma solução urgente não cautelar, despachada *in extremis*, que procura dar uma resposta jurisdicional adequada a uma situação que reclama pronta e expedita intervenção do órgão judicial. A característica marcante é que sua vigência e manutenção não depende da interposição simultânea ou ulterior de uma pretensão principal. Assim, concorrem tais requisitos: uma situação de urgência, forte probabilidade de que o direito material da parte seja atendido e a exigibilidade de contracautela, sujeita ao prudente arbítrio judicial²⁶.

Ainda, Ríos as diferencia da tutela cautelar clássica aduzindo que são marcadas pela não instrumentalidade, porque se esgotam na decisão inicial; não são provisórias, mas definitivas; deve haver a existência de certeza do direito; tramita sob cognição sumária, mas com suporte probatório robusto para gerar um alto grau de certeza no julgador e, finalmente, ditadas *inaudita altera parte*, mas não impede, excepcionalmente, ouvida da parte contrária, em juízo sumário²⁷.

Mabel de los Santos define a medida autossatisfativa como processo urgente, autônomo, contraditório, despachado *inaudita altera parte* e com prévia fixação de

²⁵ Idem.

²⁶ RÍOS, op.cit. p. 71.

²⁷ RÍOS, op.cit. p. 72.

contracautela, segundo o grau de aparência e urgência do direito em jogo. Ainda, é um meio de tutela rápido e extraordinário, admissível restritivamente ante a inexistência de outra via processual eficaz²⁸.

Barberio, com definição que exclui a urgência como um dos requisitos para a sua concessão, define a medida autossatisfativa como um processo abreviado, com reduzido ou nenhum contraditório prévio que, frente a pressupostos especiais, resolve o conflito imediatamente, esgotando-se com uma só decisão. Para este autor, o risco é requisito excludente da urgência, urgência entendida somente como aquela que ponha em risco de dano o direito buscado²⁹.

Assim, resta claro que a medida autossatisfativa é pretensão autônoma que se descola do conceito de tutela cautelar meramente instrumental e dependente da interposição ulterior de uma pretensão principal. Ainda, de cognição sumária, a medida envolve um grau maior de certeza do direito, não somente uma probabilidade da pretensão, além de não ser provisória e, a depender da legislação estudada, poderá envolver uma fase de contraditório (*sustanciación*)³⁰.

3. Diferenças e semelhanças com as medidas cautelares.

Relevante a análise das medidas autossatisfativas em confronto com as tutelas de natureza cautelar, uma vez que, como visto, algumas das legislações estudadas acabaram disciplinando ambas, topograficamente, no mesmo título ou capítulo. Há, certamente, pontos de aproximação e de

²⁸ DE LOS SANTOS, Mabel. *Medida autosatisfactiva y medida cautelar*, publicado em Medidas Cautelares, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 369.

²⁹ BARBERIO, Sergio J. *La Medida Autosatisfactiva*. Editorial Jurídica Panamericana. Ed. 2006. p. 33.

³⁰ RÍOS, op. cit. p. 71/72.

distanciamento entre elas, o que será exposto, conforme conclusões da doutrina argentina.

As semelhanças são, em geral, as seguintes:

- Ambas se revestem de caráter de urgência, requerem como pressuposto de concessão o perigo na demora, entendido como necessidade de tutela judicial imediata para evitar a frustração do direito invocado e podem ser decretadas *inaudita altera parte*.

- A executoriedade das medidas é imediata (ressalvada eventual suspensão, por meio de prestação de contracautela)³¹. Quanto à prestação de contracautela, poderão ser exigidas em ambos os casos, salvo se a decisão for precedida de contraditório prévio, caso em que a garantia poderá ser dispensada.

As diferenças citadas pela doutrina dos *Midón*³² consistem no seguinte:

- As medidas autossatisfativas exigem, para concessão, forte probabilidade do direito e não o mero *fumus bonis iuris* ou aparência do bom direito com o que se contenta a medida cautelar. A distinção é relevante porque a verossimilhança do direito exigida para as medidas cautelares é mais superficial, o que não sói ocorrer com as medidas autossatisfativas. Legislações como a de *Chaco* exigem provas que demonstrem a probabilidade certa de que o pedido resulte atendível.

- As medidas autossatisfativas comportam um procedimento autônomo, sendo que a decisão favorável acarreta a satisfação definitiva dos requerimentos do postulante, esgotando-se em si mesma. Por outro lado, as

³¹ MIDÓN, op. cit. p. 688/689.

³² Op. cit. p. 690/691.

medidas cautelares são instrumentais³³ e provisórias³⁴, demandando ajuizamento de ação principal, sob pena de caducidade.

- Tal como discorrido por alguns códigos provinciais, a procedência das medidas autossatisfativas é *excepcional ou in extremis*, pois reclama a prévia verificação da urgência como fator intrínseco e não como capricho das partes que almejam ignorar as vias processuais comuns³⁵.

- Finalmente, as medidas cautelares são mutáveis ou flexíveis, ou seja, se não cumprem seu papel, o credor poderá demandar pela sua ampliação, melhora ou substituição e o devedor poderá substituí-la desde que lhe seja menos prejudicial, mas garanta o direito do credor. Esta

³³ Instrumentais porque as medidas cautelares não são autônomas, mas subordinadas pela existência de um processo principal, garantindo a efetividade de seu resultado. Não têm um fim em si mesmas, mas estão subordinadas à emanção de uma decisão ulterior cujo cumprimento aspiram garantir. Trata-se, pois, de "*instrumentos al servicio del outro instrumento, que es el proceso*". In FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "La reforma del proceso cautelar civil español", en *Revista de Derecho Procesal*, 1ª época, del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, Madrid, 1966-IV, octubre-diciembre —con cita a Calamandrei y Liebman—, citado por Podetti, Ramiro, "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral IV", en *Tratado de las medidas cautelares*, 2ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires., 1969, ps. 17, nota N° 6. Referências extraídas da obra de Midón, op. cit. p. 690, nota 25.

³⁴ A provisoriedade consiste na possibilidade de o juiz, mediante recurso de reposición e ouvida da parte contrária, revogar sua decisão. O mesmo pode fazer a Câmara se o afetado interpõe recurso de apelação (CPCCN, artigo 198, §3º). Do mesmo modo, as cautelares podem ser modificadas ou perder os efeitos a qualquer momento do processo, caso ocorram alterações das circunstâncias iniciais, ou seja, daquelas existentes no momento da sua decretação (CPCCN, artigos 202 e 203). A sua denegação, por outro lado, não impede seu deferimento posterior se alterados os fatos ou se completados os requisitos para sua procedência. In Arazi, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, t. II, p. 116.

³⁵ No XIX Congresso Nacional de Direito Processual celebrado em Corrientes em agosto de 1997, se estabeleceu como conclusão a respeito: *La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional*. In Midón, op. cit. p. 693, nota 38.

mutabilidade não ocorre nas medidas autossatisfativas concedidas, pois são insubstituíveis em razão de que o objeto que perseguem é a satisfação da mesma pretensão³⁶.

4. Falência do sistema cautelar: críticas e exaltação das medidas autossatisfativas na doutrina argentina

Peyrano, em trabalho específico, comenta a falência do sistema cautelar e a falta de mecanismos processuais idôneos, que acaba por incentivar os cidadãos a inventarem processos principais autônomos, para manutenção *ad eternum* de efeitos de medidas cautelares deferidas³⁷.

Inclusive, María Marta Ventos Maturana aponta, em seus estudos, que na área da saúde, medidas cautelares com conteúdo satisfativo são utilizadas na praxe argentina, ensejando certa perplexidade e dificuldades perante os tribunais³⁸, na medida em que pleitos que se esgotam *initio litis* se prolongam no tempo.

³⁶ MIDÓN citando Falcón, Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, concordado y anotado*, 2ª ed., Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, op. cit., t. III, p. 189.

³⁷ PEYRANO, Jorge W.. *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas Autosatisfactivas*. *Ius et veritatis*, n. 15, 1997, p. 11.

³⁸ Cita o *leading case fallo Camacho Acosta* no qual, em processo por perdas e danos derivado de acidente de trabalho, se reclamava que o empregador (demandado) provesse uma prótese para mitigar as consequências da perda de um braço do obreiro. Esta solicitação seguiu como pedido de medida cautelar inovativa e se indicava a urgência no cumprimento da prestação, cuja comprovação foi feita por consultas médicas, vez que a demora na colocação da prótese poderia causar danos irreversíveis na recuperação parcial. Apesar de antecipar o pedido, o juiz de 1º grau e a Câmara rejeitaram a medida cautelar porque entenderam que o recorrente não comprovara a verossimilhança do direito, e, se o tribunal examinasse a questão debatida, emitiria uma opinião sobre o fundo do direito. Por sua vez, considerou a medida cautelar inovativa como uma decisão excepcional porque alterava o estado de fato e de direito existente ao tempo do pedido. Configurando-se uma antecipação de jurisdição favorável, consideravam que maior prudência deveria ser aplicada ao serem tais medidas apreciadas. In MATURANA, María

Em casos envolvendo direito à saúde, diz Maturana:

Por lo demás, es preciso manifestar que, cuando se trata de casos relacionados com la preservación de la salud, suelen en la práctica “confundirse” o “tratarse de igual modo” las medidas autosatisfactivas y las medidas cautelares³⁹.

Esta autora, com um olhar na praxe, cita caso concreto no qual a mãe de um garoto, em situação de desemprego, solicitou que o plano de saúde, que detinha enquanto empregada, continuasse a cobrir a prestação médico assistencial consistente no fornecimento de equipamento de oxigênio ao filho, mas, caso não ocorresse, que o poder público o fizesse.

O Tribunal concluiu que a demanda tratava de concessão de medida autossatisfativa, não meramente cautelar, já que estava em jogo o inafastável exercício de um direito humano, o mais elementar dentre todos, que é o direito de respirar. Assim, ficou decidido que o plano de saúde continuasse a atender o menor, em razão do risco, até que o Ministério da Saúde providenciasse o adequado para preservar a saúde do menino, no menor prazo, sob pena de responsabilização pessoal do titular do órgão público⁴⁰.

Ela evidencia que, em esfera federal, no qual há carência de legislação para casos urgentes e envolvendo direitos fundamentais, o uso das legislações provinciais poderia ser aplicada por analogia, para que não se colidam os direitos à saúde ou outros de expressão que demandam resoluções urgentes e, por outro lado, o vazio legislativo⁴¹.

Marta Ventos. *El rol del juez frente a las medidas autosatisfactivas en el derecho a la salud*. Revista *Aequitas*, v. 11, n. 11, 2020, p. 14.

³⁹ Op. cit. p. 15.

⁴⁰ Tribunal Lomas de Zamora n° 3 mayo 21-999, SMI JÁ 7-6-00.

⁴¹ Citando Morello e Arazi, a autora transcreve uma proposta de texto legislativo para que causas sem resposta na legislação processual possam

Nesta esteira, Peyrano afirma que o processo cautelar ortodoxo não serve para preencher as lacunas legislativas, e é absurdo o quantitativo de jurisprudência que, para solucionar a “urgência” acodem para o uso de via oblíqua, patrocinando a promoção de demanda com pretensão principal, para manter viva a solução de uma urgência lograda.

Caso contrário, o demandante se confronta, ao fim e ao cabo, com a caducidade da diligência cautelar concedida.

Peyrano cita o caso *Cariaga*, no qual o autor, após ter tido negativa administrativa para prosseguir com exames médicos em razão de sua situação grave de saúde, interpôs

ser tramitadas, com utilização do processo cautelar como via supletiva: Dentro de nuestro tema específico es posible que el respeto irrestricto de los principios procesales colisione con otros derechos como el de la vida y la salud. Pensemos en un caso de negativa del Estado o de una obra social o de medicina prepaga de realizar una intervención quirúrgica urgente de la cual depende la vida de una persona [...]. Puede suceder que ninguno de los tipos procesales legislados se muestren idóneos para lograr la tutela en tiempo oportuno [...]. Es por ello que las leyes procesales deben incluir una norma que hemos concebido en los siguientes términos: “En caso de extrema urgencia, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortado los plazos pre vistos para el proceso sumarísimo y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva; excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. **Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición**”. Se advierte que debe tratarse de la tutela de derechos fundamentales que pueden considerarse de rango superior al respeto irrestricto de los principios del debido proceso. Debe preferirse oír a la parte que pueda verse perjudicada por la medida, dentro de un plazo compatible con la urgencia; si ello no fuese posible el juez resolverá sin más trámite: la bilateralidad se cumplirá luego de que se hizo efectivo el mandato judicial y si este es irreversible el perjudicado podrá pedir el resarcimiento que corresponda. La aplicación supletoria de las normas sobre medidas cautelares es útil para ejecutar el mandato judicial aun antes de que sea notificado o para la concesión del recurso de apelación con efecto devolutivo, según sea el caso; para ponderar si se debe exigir contracautela; para permitir al afectado requerir daños y perjuicios si la medida fue obtenida con abuso o exceso en el derecho, etc (grifos nossos). Referência: MORELLO, A. y ARAZI, R., *Procesos urgentes*, Ed. Abeledo – Perrot, SJA 30/3/2005, JA 2005- I-1348.

medida cautelar inovativa em ação de amparo perante a Justiça da Província de Santa Fé, para obter tutela de urgência, visando à realização de seus exames. Logrou êxito na ordem de urgência. Assim, Peyrano indaga se necessária a tramitação da ação principal de amparo⁴², se a pretensão do autor estava esgotada na concessão inicial⁴³.

Cita outras situações reais e hipotéticas em que a tramitação de processos principais é absolutamente desnecessária, como o *Miguel Angel Clavero contra Comité Olímpico Argentino* no qual Clavero buscava ordem judicial, em ação de amparo com pedido de cautelar inovativa, apenas para ser incluído na equipe de ciclistas com o fim de participação nas Olimpíadas de Atlanta, após ter sido rejeitado pelo chefe da delegação, estando na cidade olímpica, por seu nome não constar das listagens um dia após

⁴² Quanto à ação de amparo, Gladys e Marcelo Midón examinam aproximações e diferenças com as medidas autossatisfativas e a título didático, será apresentada uma síntese. As similitudes consistiriam no fato de que tanto a ação de amparo como a medida autossatisfativa são pertencentes ao gênero de processos urgentes, há autonomia procedimental e o despacho favorável acarreta a satisfação definitiva da pretensão do demandante. Quanto às diferenças, a sentença na ação de amparo pressupõe, para sua validade, o exercício prévio do contraditório, enquanto a medida autossatisfativa poderá ser concedida *inaudita altera pars*; o amparo está com sua natureza desnaturada, pois o processo é moroso, tornando a promessa constitucional letra morta (prevê o processo de amparo como rápido e expedito); o amparo está concebido para a proteção de direitos e garantias fundamentais, enquanto as medidas autossatisfativas não teriam limitação quanto ao espectro do direito material; sentença que decreta a medida autossatisfativa é de executividade imediata e os recursos interpostos serão recebidos com efeito apenas devolutivo, e no amparo, os recursos ganham, como regra, efeito suspensivo. Ainda, os autores citam a prestação de contracautela para concessão de medidas autossatisfativas, figura que inexistente no amparo. MIDÓN, op. cit. p. 694.

⁴³ Nas palavras de Peyrano: "Le preguntamos al lector ¿puede haber alguna duda de que lo único que le interesaba al postulante era lograr la solución de su "urgencia" y nada más, y de que, seguramente, una vez conseguido ello, la sustanciación del principal (el amparo) habrá entrado en "vía muerta" por siempre jamás? In PEYRANO, *Reformulación de la teoría(...)* p. 12.

a sua entrada e estadia na vila olímpica⁴⁴; outros exemplos são as frequentes intervenções judiciais em demandas formuladas, devido às objeções ou escusa de consciência dos testemunhas de Jeová em relação a transfusões de sangue, nos quais “medidas cautelares” dão cabo à questão, especialmente em se tratando de menores, mas ações principais continuariam a ser ajuizadas.

Peyrano observa que é importante assinalar a busca por soluções não cautelares para solucionar fatos que não requerem o ajuizamento de ações principais. E neste contexto, juntamente com remédios do direito comparado como o *referée*⁴⁵ na França, a *azione di rimozione* na Itália e as *injunctions* do direito anglo-americano, as medidas autossatisfativas cumpririam um papel de fundamental importância na Argentina, vez que serve para eliminação do dano, com viés definitivo, em casos de urgência.

O autor afirma, ainda, que a legislação argentina apresenta medidas autossatisfativas ocultas que, sem nominá-las, traz intrinsecamente a urgência que requer solução e tutela jurisdicional do fundo do direito.

⁴⁴ Peyrano conta que o caso teve ampla repercussão na mídia argentina e, apesar de ter conseguido a procedência da cautelar de urgência, na qual se ordenou ao Comitê Olímpico que tomasse todas as medidas necessárias de imediato, para inclusão de Miguel junto à equipe olímpica de ciclistas, ele não retornou à Atlanta, pois questões outras tornaram seu retorno inoficioso. Peyrano diz que, apesar de tudo, o atleta precisou prosseguir com a ação de amparo, ainda que todos soubessem que a litigiosidade não mais existia. Op. cit. p. 12.

⁴⁵ Peyrano cita o *referée* como jurisdição que atua prioritariamente suspendendo a medida danosa, ordenando o sequestro de material impresso, diário, livros, revistas, fotografias, filmes, sem prejuízo de debate posterior para proteção de direitos de intimidade, atuando como remédio de urgência e de natureza não cautelar. O mesmo refere quanto às demais figuras citadas, que servem para eliminação ou inibição de ilícitos, como o caso das ações inibitórias na Itália. Quanto às *injunctions*, Peyrano observa que é uma expressão do direito anglo-saxão que se refere a ordens judiciais de fazer ou não fazer, tem concreta autonomia e funcionam dentro do processo, além de serem uma providência que decide sobre o objeto do litígio. In PEYRANO, *Reformulación de la teoría(...)* p. 13/14.

Além da legislação complementar, o autor destaca o papel do artigo 1701bis do *Código Civil* sobre a preservação do direito à intimidade nos seguintes termos:

Artículo 1071bis. El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo com las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agravado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.

A norma é utilizada para obtenção de resposta rápida a uma violação à privacidade, e, diz Peyrano que a leitura que se faz é a de que o artigo somente outorga a possibilidade de uso da via cautelar, argumento este refutado por Borda, que não aceitava o uso da cautelar para solucionar ataques à intimidade⁴⁶.

Neste sentido, outros autores como Zavala de Gonçalves refutavam a ideia do uso da cautelar, pois a urgência do artigo 1071bis não é cautelar, porque a proteção de direitos da personalidade através destas medidas não é plenamente satisfatória, pois seu caráter instrumental, condicionado a uma postulação principal, e o dano à

⁴⁶ Referência: BORDA, Guillermo. *Una ley estéril*. En: E.D. 67. p.581.

intimidade tem natureza autônoma, pois procede ainda que ausente dano e culpabilidade⁴⁷.

Ora, Peyrano conclui que o artigo 1071bis, assim como outros casos legislativos, traz no texto e no espírito que rápida e expeditamente deverão cessar atividades que violam o direito à intimidade e, por isso, a defesa do cabimento da cautelar é infundado⁴⁸.

Por fim, Peyrano aduz a boa técnica que os juízes, ao despacharem medidas autossatisfativas, deveriam expressar, para guiar a atividade processual das partes em momento posterior.

5. Constitucionalidade e importância das medidas autossatisfativas no ordenamento argentino

A doutrina destaca que as medidas autossatisfativas foram alvo de arguições de inconstitucionalidade no sistema argentino, sobretudo porque comumente ela é despachada *inaudita altera parte*, afastando, a princípio, a bilateralidade – princípio fundamental compreendido na garantia do devido processo legal – prorrogando-se o contraditório para a fase recursiva ou até mesmo, em ulterior processo.

Segundo Adolfo Alvarado Velloso, a sentença autossatisfativa, enquanto descarta a bilateralidade que é essência do diálogo processual, aceitando a afirmação unilateral do autor que, alegando urgência tal que dispensaria a oitiva da parte adversária, violaria o artigo 18 da Constituição Nacional⁴⁹, pois uma condenação seria

⁴⁷ Citado por Peyrano: Referência: ZAVALA DE RODRÍGUEZ, Matilde. *Derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982. p.157.

⁴⁸ Op. cit. PEYRANO, *Reformulación de la teoría(...)* p. 15.

⁴⁹ Artículo 18 – Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es

emitida sem que o prejudicado fosse ouvido, além de que a formação do convencimento do juiz se daria com a produção unilateral da prova⁵⁰.

María Marta Ventos Maturana comenta que as medidas autossatisfativas vulneram, de certa forma, o direito de defesa, toda vez que são decretadas *inaudita altera parte*, e, por isso, devem revestir caráter de excepcionalidade, a não ser que seja possível um prévio exercício do contraditório⁵¹.

Gladis e Marcelo Midón, no entanto, refutam a hipótese e confirmam a constitucionalidade da medida autossatisfativa, pois o direito ao contraditório pode ser regulamentado para ser diferido ou prorrogado quando as circunstâncias assim recomendarem. Isso porque os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos de maneira absoluta, já que podem ser limitados por outros direitos e princípios com os quais convivem e, da mesma forma, emanam do ordenamento jurídico.

É o caso de garantias como a da tutela judicial efetiva e duração razoável do processo que aconselham o uso de providências *in extremis* diante de situações de urgência, para diferir o ortodoxo contraditório.

Ainda, o prejudicado pela concessão da medida autossatisfativa dispõe da possibilidade de audiência, seja por meio do exercício do contraditório reduzido, mas previamente à concessão da medida e, posteriormente à

inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

⁵⁰ Alvarado Velloso, Adolfo, "El garantismo procesal", en la obra colectiva *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 169.

⁵¹ MATURANA, María Marta Ventos. *El rol del juez frente a las medidas autosatisfactivas en el derecho a la salud*. Revista Aequitas, v. 11, n. 11, 2020, p. 10.

concessão, por meio recursal ou pelo uso de medidas impugnativas adequadas⁵².

Irrefutável, portanto, a sua constitucionalidade, uma vez que a Corte Suprema e os diversos juízos argentinos acolhem pretensões baseadas na autossatisfação do direito, ressaltando-se a sua importância.

Neste sentido, Ríos destaca as principais virtudes no uso destas medidas (constitucionais) e completa que é importante a positivação urgente na legislação nacional, no CPCCN⁵³, pois:

- As medidas autossatisfativas procuram corrigir as limitações próprias da teoria cautelar clássica, sobretudo a necessidade de postulação de processo ulterior principal após a concessão de medida cautelar, sob pena de perda da resposta jurisdicional urgente;

- Sob o ponto de vista financeiro, as medidas autossatisfativas evitariam uma sobrecarga de processos desnecessária ao Estado. O autor cita que, atualmente, muito dinheiro é desperdiçado em processos desnecessários ou inúteis, como as pretensões cautelares principais ou ações de amparo, sendo que o interesse do cidadão em juízo poderia ser resolvido com medidas autossatisfativas;

Neste ponto, ilustrativo entendimento jurisprudencial do assunto:

“Además, es improcedente como medida cautelar –en el marco de una acción de amparo a fin de obtener el

⁵² MIDÓN, op. cit. p. 697. A respeito das vias de impugnação, conforme exame das legislações e doutrina, algumas legislações preveem o recurso de revocatoria, com ou sem apelação subsidiária, ou apelação direta ou, por meio de ação autônoma declaratória e sumária de oposição, cuja promoção não impedirá o cumprimento da ordem judicial impugnada. Ainda, o demandado poderá utilizar a via da contracautela para lograr a suspensão provisória da medida, caso demonstre um risco de sofrer prejuízo de impossível ou de difícil reparação.

⁵³ Enumeraremos as considerações do autor, remetendo às referências bibliográficas eventualmente citadas. In Ríos, op. cit. p. 72.

restablecimiento de la normal prestación del servicio de agua – la provisión de agua mineral a escuelas y a sus respectivos comedores escolares en tanto no se identifica concretamente con el objeto pretendido, y antes bien tiene características propias de una medida autosatisfactiva que con su otorgamiento agotaría la pretensión” (J. Civ. y Com., Bahía Blanca, nº 7, 1999/08/30, “Larraburu, Dámaso c. Azuriz S. A.”, La Ley, 2000-D, 401 - LLBA, 2000-590).

- Conforme a moderna doutrina processual, as medidas autossatisfativas permitiriam materializar a garantia da tutela jurisdiccional efetiva em tempo útil, uma das condições fundamentais do devido processo “adjetivo”⁵⁴, em virtude do disposto no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigo 139, §3º da Constituição Política. Simultaneamente, seria consagrada a garantia da duração razoável do processo.

- A positivação nacional das medidas permitiria aos juízes efetivar a função preventiva da jurisdição e evitar a consumação de danos, melhorando o serviço de justiça e fortalecendo a legitimação social do juiz;

- Por fim, as medidas autossatisfativas compensariam a debilidade do sistema de justiça em situações de urgência, pois serviriam para atender certas condutas em relação às quais o processo cautelar resulta inoperante.

⁵⁴ Tradução literal de debido proceso adjetivo, citado por Ríos, op.cit. p. 72, item 4.4.

6. Medidas autossatisfativas na legislação provincial argentina⁵⁵ e projetos de lei para inclusão legislativa em âmbito nacional e provincial⁵⁶

Conforme outrora assinalado, as medidas autossatisfativas não estão disciplinadas no *Código Civil y Comercial de la Nación*, havendo, contudo, alguma previsão no Anteprojeto acerca da concessão de medidas urgentes, sem nominá-las como autossatisfativas no seu artigo 438 e 439⁵⁷, mas de conteúdo próximo ao que vem sendo estudado

⁵⁵ Historicamente, a Argentina apresenta, em matéria de procedimentos, competência legislativa concorrente, ou seja, a jurisdição federal e de cada uma das vinte e três províncias ditam seus próprios códigos, mas conforme acena Abelardo Levaggi, apesar do regime de dispersão, as leis das províncias são materialmente parecidas com aquelas adotadas no âmbito federal, pois todas são fundadas na tradição jurídica comum, formando uma unidade fundamental, sem que se excluam as realidades locais. In LEVAGGI, Abelardo. *La codificación del procedimiento civil en la Argentina*. In Revista Chilena de Historia del Derecho, 1983, p. 211/247.

⁵⁶ O capítulo será baseado mais por pesquisa de campo das legislações das províncias argentinas, do que por estudos doutrinários, tendo em vista a limitação das fontes disponíveis e a sua desatualização quanto a este tópico.

⁵⁷ No título IV - Procesos Especiales - Capítulo 1 - Proceso Urgente, há previsão, no artigo 438, de modalidade de medida urgente, que, se concedida após realização de audiência, se torna definitiva e transitada em julgado. ARTÍCULO 438 - Regla general. Sin que configure prejuizamiento, el juez puede, a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional otorgar la protección de una pretensión cuando concurren los siguientes extremos. a) Urgencia en la obtención de la medida de tutela en tal grado que de no ser adoptada de inmediato causare al peticionante la frustración del derecho y un daño irreparable; b) Ofrecimiento de prueba que brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos, siempre que no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria; c) Otorgamiento de contracautela si esta tutela de urgencia importare un desplazamiento de derechos patrimoniales. ARTÍCULO 439.- Procedimiento. Modificación. Recursos. Efectos. Solicitada la tutela el juez debe disponer una audiencia en el plazo de DOS (2) días, a la que deberán ser citadas las partes. Con la notificación de la audiencia se correrá traslado a la parte contraria de la presentación. Concluida la audiencia, el juez resuelve sin otra sustanciación. Si el requerido consiente la medida, ésta se torna definitiva y hace cosa juzgada. Em <file:///C:/Users/Caroline/Downloads/anteproyecto-codigo-procesal-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf> consultado em 15 de novembro

na Argentina como tal. O Anteprojeto foi apresentado em 1º de julho de 2019 ao Ministro de Justiça e Direitos Humanos, pela Comissão Redatora.

O Anteprojeto prevê, além do processo urgente (ou medida autossatisfativa, a nosso ver), a tutela antecipada⁵⁸ e as cautelares genéricas⁵⁹ em artigos diversos, denotando a diferenciação das providências utilizadas, especialmente, o descolamento da medida urgente daquela de natureza cautelar.

Atualmente, a utilização das medidas autossatisfativas sob a vertente federal argentina ocorre com fundamentação na Constituição, já que a criação pretoriana de tutelas diferenciadas que privilegiem o fator tempo do processo, não é desconhecida pela lei maior, com o que se demonstra com a previsão de procedimento rápido e expedito, como o amparo⁶⁰.

de 2020. Esta figura se distingue da Tutela Antecipada de urgência, que se encontra disciplinada no artigo 403 do mesmo anteprojeto e das Medidas Cautelares, disciplinadas a partir do artigo 149.

⁵⁸ ARTÍCULO 403.- Tutela anticipada de urgencia. Podrá otorgarse excepcionalmente la tutela anticipada de urgencia en un proceso ordinario por audiencias, a partir de la presentación de la demanda, cuando concurrieren los siguientes requisitos: a) Urgencia en la obtención de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato causare al peticionante la frustración del derecho y un daño irreparable; b) Ofrecimiento de prueba que brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos, siempre que no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria; c) Otorgamiento de contracautela si la medida importare un desplazamiento de derechos patrimoniales. El pedido, sólo podrá versar sobre prestaciones dinerarias o reducibles a sumas de dinero y podrá consistir en el anticipo total o parcial de lo reclamado. Se sustanciará con la celebración de una audiencia que se fijará a la brevedad posible.

⁵⁹ ARTÍCULO 186.- Medidas cautelares genéricas. Fuera de los casos previstos en este Título, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

⁶⁰ PEYRANO, Jorge W. "Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la

No que se refere às legislações provinciais, o vigente *Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa – Ley 1.828* de 3 de dezembro de 1998⁶¹, prevê as medidas autossatisfativas no artigo 305, na Parte Especial, no Livro Relativo ao Processo de Conhecimento. Neste sistema, as medidas são figuras subsidiárias, exigindo elementos probatórios robustos e fundamentação quanto à urgência da concessão. A depender do caso, o contraditório prévio será exercido.

Didaticamente e a título exemplificativo, é importante a transcrição do artigo, sendo as remissões anotadas em notas.

ARTÍCULO 305.- MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS.- Quien se encuentre en la situación prevista por los artículos 302⁶² de este Código y 1° de la Ley 703, la que la modifique o sustituya, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitar al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección judicial no pueda ser lograda por otra vía legal eficaz. Para ello deberá explicar con claridad en qué consisten su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición. El Juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la

Corte Suprema.” En *Temas Modernos del Derecho Procesal*. Ed. Dike. Mendoza. 1999, pág. 47.

⁶¹ Em http://www.sajj.gob.ar/legislacion/ley-la_pampa-1828-codigo_procesal_civil_comercial.htm consultado no dia 15 de novembro de 2020.

⁶² ARTÍCULO 302.- AMPARO.- Será aplicable el procedimiento sumarísimo cuando se reclamase contra un acto u omisión de autoridad pública o de particulares que encuadre en las previsiones del artículo 43 de la Constitución Nacional y las que contenga la Constitución Provincial.

medida. Cuando sea posible, la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda. Al decretar la medida, el juez podrá: 1º) Exigir al peticionante caución real o personal. En este caso, determinará cuál ha de ser su vigencia. 2º) limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen. A las medidas autosatisfactivas no les será aplicable el art. 201⁶³. El legitimado para oponerse a la medida, podrá: a) pedir su suspensión, en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente. b) interponer recurso de revocatoria. El mismo deberá ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El Juez lo resolverá sin mas trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista posibilidad de hacerlo. c) interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo. d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de

⁶³ ARTÍCULO 201-CADUCIDAD.- Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible, no se interpusiera la demanda o no se iniciare el procedimiento de mediación judicial, cuando corresponda, dentro de los diez (10) días de su efectivización. Finalizado el procedimiento de mediación sin acuerdo, la medida cautelar conservará su vigencia durante los diez (10) días posteriores. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa. Las inhabilidades y embargos se extinguirán a los cinco (5) años de la fecha de su anotación en el registro respectivo, salvo que a petición de parte se reinscribieren antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso.-

apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso.

Por sua vez, o *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco*⁶⁴ – Ley 968 de 6 de agosto de 1969 prevé as medidas autossatisfativas no artículo 232bis no Capítulo III – Medidas Cautelares -, na Seção 7 relativa às Medidas Cautelares Genéricas y Normas Subsidiárias. São concedidas excepcionalmente, demandando a prova de probabilidade certa do direito, e a prova da urgência.

Apesar de estarem no Capítulo voltado a cautelares, o artigo 232bis nega esta natureza às medidas estudadas:

Art. 232 bis: Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el Juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente.

Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetas al régimen que a continuación se describen:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a

⁶⁴ Em <http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-chaco-968-codigo-procesal-civil-comercial.htm> consultado em 15 de novembro de 2020.

obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;

c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;

d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído;

e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada.

Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

Além dos dois exemplares provinciais citados, ainda há referências da medida autossatisfativa no Código Provincial de Corrientes - *Decreto-Ley 14* de 21 de março de 2000, no artigo 785, Livro Oitavo em Capítulo especialmente voltado às medidas multicitadas⁶⁵, no qual fica claríssimo o seu distanciamento das medidas cautelares, ou seja, firme a natureza autônoma da medida autossatisfativa.

Na província de Formosa, o *Decreto Ley 424 de 20 de noviembre de 1969* a prevê no artigo 232 bis, na Seção dedicada às Medidas Cautelares Genéricas e normas subsidiárias, em Capítulo voltado às Medidas Cautelares⁶⁶.

No mesmo sentido, a província de San Juan, a *Ley 7.942* de 19 de novembro de 2008 a prevê em Título

⁶⁵ ARTÍCULO 785.- Medidas autosatisfactivas. Caracterización: Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en que consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el Juez o Tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valorados motivadamente y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia.(..) ARTÍCULO 790.- Principios de instrumentalidad. Caducidad: No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar. Visto em <http://www.sajj.gob.ar/14-local-corrientes-codigo-procesal-civil-comercial-corrientes-lpw0000014-2000-03-21/123456789-0abc-defg-410-0000wworpyel> e consultado em 15 de novembro de 2020.

⁶⁶ A disciplina desta província se aproxima daquela firmada na província Del Chaco. ART. 232 BIS.- MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS.- Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas.

Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. (..) Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare "prima facie" la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contra cautela, suficiente. Em http://www.sajj.gob.ar/legislacion/ley-formosa-424-codigo_procesal_civil_comercial.htm, consultado em 16 de novembro de 2020.

destinado aos Processos Urgentes, o Capítulo II dedicado à satisfação imediata da pretensão, sendo que o artigo 676 disciplina a medida autossatisfativa, diante da necessidade imediata de tutela jurisdicional, dispensando o início de um processo autônomo atual ou posterior⁶⁷.

Ainda, a província de Misiones prevê as medidas autossatisfativas como Processos Urgentes no artigo 636⁶⁸ da *Ley XII* de 10 de outubro de 2013.

⁶⁷ ARTÍCULO 676.- Los Jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de su atendibilidad y que es impostergable prestarle tutela judicial inmediata, podrá excepcionalmente otorgarla, sin necesidad de la iniciación de un proceso autónomo actual o posterior. El Juez para ordenar la medida, podrá exigir a la parte solicitante una garantía suficiente, valorando motivadamente las circunstancias del caso. Los despachos favorables de esta protección presuponen la concurrencia simultánea de los siguientes recaudos: 1) La necesidad de satisfacer una obligación incondicionada impuesta por ley, o hacer cesar de inmediato conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo. 2) Que el postulante limite su interés a obtener una solución de urgencia no cautelar que no se extienda a la declaración judicial de derechos conexos o afines, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento. El Juez, previo a despachar la decisión, deberá oír a la contraparte, en una breve sustanciación, aplicando en lo pertinente las normas sobre incidentes. Según las circunstancias del caso, podrá ordenar derechamente la medida, posponiendo la sustanciación para cuando aquella se hubiere cumplido. En todos los casos la resolución deberá ser notificada al efecto personalmente o por cédula, y si se hubiese obviado la sustanciación, en la misma notificación se correrá traslado a la contraparte, haciéndole saber que deberá cumplir la medida ordenada, sin perjuicio de ejercer su derecho de defensa.- El legitimado que se hubiere opuesto, podrá impugnar la resolución, mediante recurso de apelación sin efecto suspensivo o mediante juicio declarativo de oposición que podrá contener la reclamación de daños y perjuicios, el que tramitará por las normas del juicio abreviado.- Este juicio también podrá ser deducido por quienes no hubieren deducido oposición. Entenderá en dicho juicio el mismo Juez que intervino en dicho proceso urgente. Em http://www.sajj.gob.ar/7942-local-san-juan-codigo-procesal-civil-comercial-mineria-provincia-san-juan-lpj0007942-2008-11-19/123456789-0abc-defg-249-7000jvorpvel#parte_801 e consultado em 16 de novembro de 2020.

⁶⁸ ARTICULO 636.- Procedencia. Ante solicitud fundada de parte, precisando con claridad en que consisten sus derechos y su urgencia, aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es

Na doutrina, bastante comentada foi a introdução das medidas autossatisfativas pela província de Santa Fé na *Ley de Violencia Familiar n° 11.529* de 26 de dezembro de 1997.

Em seu artigo 5º, há previsão de medidas decretadas para proteção imediata do direito⁶⁹, como: ordem judicial para a exclusão do agressor do lar no qual habita com o grupo familiar, proibição do acesso do agressor no lugar onde habita a pessoa agredida e/ou desempenha seu trabalho e/ou em estabelecimentos educativos onde frequenta ou membros de seu grupo familiar, disposição sobre o retorno ao domicílio de quem dele saiu por razões de segurança pessoal dentre outras medidas⁷⁰⁷¹.

impostergable prestar tutela judicial inmediata, los jueces, aun cuando el actor no lo hubiese solicitado formalmente bajo esa denominacion, pueden despachar excepcionalmente medidas autosatisfactivas cuando se encontraren reunidos los siguientes recaudos: .

a) sea necesaria la cesacion inmediata de conductas o vias de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho segun la legislacion de fondo o procesal y siempre que no exista otra via procesal para tutelar el derecho. b) el interes del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solucion de urgencia no cautelalar requerida, no requiriendo una declaracion judicial adicional vinculada a un proceso principal. Segun fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente, el Juez puede exigir la prestacion de caucion real o personal determinando en estos casos la vigencia. Visto em http://www.sajj.gob.ar/27-local-misiones-codigo-procesal-civil-comercial-familia-violencia-familiar-provincia-misiones-lpn0005366-2013-10-10/123456789-0abc-defg-663-5000nvorpyel#parte_230 e consultado em 16 de novembro de 2020.

⁶⁹ O âmbito de proteção da lei 11.529 se refere às pessoas que sofrem lesões ou maus tratos físicos ou psíquicos por parte de algum dos integrantes do grupo familiar. Para os efeitos da lei, entendem-se por tal as relações matrimoniais ou uniões de fato, sejam conviventes ou não, compreendendo-se ascendentes, descendentes e colaterais. Tradução livre do artigo 1º. Visto em <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=223060&item=107994&cod=e7fc1e3bdb3eb47ab43805be5e369074> e consultado em 18 de novembro de 2020.

⁷⁰ PEYRANO, Jorge W. La batalla por la medida autosatisfactiva. In ARMELIN, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelar. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

⁷¹ A lei prevê ainda: decretação de quota alimentícia, pedido de auxílio e colaboração das instituições que atenderam à vítima de violência doméstica,

Por sua vez, as províncias de Santa Cruz, Chubut, Santiago del Estero, Santa Fé, Catamarca, Neuquén, La Rioja, Entre Ríos, Jujuy, Tierra del Fuego, Río Negro, Tucumán, Mendoza, Salta e Buenos Aires não têm previsão ou disciplina expressa das medidas autossatisfativas, mas registram a presença legal das medidas cautelares genéricas e/ou inovativas em seus respectivos Códigos de Processo Civil.

No entanto, a ausência de regulamentação não pode impedir o seu uso para a tutela de direitos que exijam autossatisfação, por meio do devido procedimento.

Não obstante, na província de Buenos Aires, por exemplo, o fundamento invocado para dedução das medidas autossatisfativas em juízo é o artigo 15 da Constituição Provincial de 1994, pois este assegura a tutela judicial contínua, efetiva e o acesso irrestrito à Justiça, conforme assinalam Gladis e Marcelo Midón⁷².

Artículo 15.- La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

além de o juiz dispor de amplas faculdades para dispor das medidas transcritas em lei da forma que pondere ser mais conveniente com o fim de proteger a vítima, fazer cessar a situação de violência doméstica e evitar a repetição de episódios de agressão ou maus tratos. Poderá, ainda, fixar o tempo de duração das medidas que tenha ordenado, de acordo com as regras da sana crítica etc.

⁷² MIDÓN, Op. cit. p. 685/686.

A Constituição da província de Jujuy prevê, entre as garantias judiciais, que é inviolável a defesa da pessoa em todo procedimento judicial ou administrativo, garantia que não admite nenhuma exceção. De igual modo, o artigo 150, ao regular princípios processuais estabelece um imperativo: as leis processuais, no que for pertinente, devem estabelecer a celeridade e eficácia na tramitação de causas judiciais e sua resolução⁷³.

Neste compasso, a doutrina vê, nestas disposições, a permissão para uso de medidas autossatisfativas como forma de realização de direitos.

Há autores argentinos que defendem a sua aplicação com base na garantia constitucional da tutela efetiva, prevista no Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷⁴.

Por fim, Gladys e Marcelo Midón pontuam que projetos de lei para reforma dos Códigos Processuais Civil

⁷³ Artículo 150.- PRINCIPIOS PROCESALES. 6) la celeridad y eficacia en la tramitación de las causas judiciales y su resolución. La demora injustificada y reiterada debe ser sancionada con la pérdida de competencia, sin perjuicio de la remoción del magistrado o funcionario moroso.

⁷⁴ BARBERIO, Sergio J. *La Medida Autosatisfactiva*. Editorial Jurídica Panamericana. Ed. 2006. p. 37.

provinciales estão em discussão, dentre eles, os da província de Mendoza⁷⁵ e Santa Fé⁷⁶.

⁷⁵ Proyecto CPCC Mendoza. Art. 402: "*Tutela autosatisfactiva*. La tutela de un interés para el que no fuere necesaria la tramitación de un proceso autónomo se regirá por las reglas que establezcan las leyes que específicamente la regulen. En defecto de éstas, y no resultando más idóneas otras medidas urgentes, si se demuestra que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el Tribunal puede ordenar medidas autosatisfactivas siempre que la petición resulte atendible por fundarse en un interés cierto y manifiesto, respaldado por prueba que demuestre un derecho cuya declaración no se extienda a otros conexos o afines. Rigen las reglas del proceso sumarísimo, salvo las siguientes disposiciones específicas: 1. Cuando circunstancias graves lo impongan, el Tribunal puede reducir plazos, omitir traslados y suprimir etapas. El Tribunal podrá o no exigir contracautela, pero la eximición de contracautela se juzgará con criterio restrictivo

cuando la medida haya sido ordenada sin traslado a la contraria. 2. Si no se han omitido todas las etapas, la primer resolución debe expedirse dentro de un día de recibida la demanda.

3. La decisión que acoge o rechaza la medida debe ser dictada el plazo máximo de cinco días y deja subsistente el ejercicio de las acciones ordinarias que puedan corresponder a las partes. La que concede lo pedido debe contener: a) La determinación precisa de lo que debe o no hacerse o de lo que debe darse. b) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto. El Tribunal puede fijar límites temporales y disponer prórrogas. c) La expresión concreta del obligado a cumplir la medida. d) No habrá condenación en costas si el accionado cesara en los hechos, actos u omisiones que motivaron la acción antes de contestar la demanda, o en defecto de traslado, inmediatamente después de notificado de la medida. 4. La notificación de la sentencia se diligenciará en el plazo de un día: a) Por cédula a través de la oficina centralizada de notificaciones y medidas judiciales, o por el oficial de justicia *ad-hoc* que el Tribunal designará entre su personal, o por el juez de Paz respectivo, o por las autoridades policiales del lugar; b) Por acta notarial, carta documento o por telegrama colacionado cuando la parte interesada suministre los fondos. 5. Puede impugnarse por acción declarativa, o por recurso de apelación. Elegida una vía de impugnación se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. La acción declarativa no suspenderá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. El recurso de apelación debe interponerse dentro del plazo de dos días, debiendo fundarse en el escrito de interposición. Debe ser acordado o denegado en el día y elevado por el secretario en el plazo de un día de quedar en condiciones. En la Alzada, el plazo de traslado de la expresión de agravios al apelado será de tres días, y el plazo para dictar resolución de cinco. 6. Puede solicitarse la suspensión provisoria de la medida si se acredita *prima facie* el riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación, y se presta contracautela

7. As medidas autossatisfativas na casuística argentina

A doutrina aponta os temas em relação aos quais as medidas autossatisfativas vem sendo utilizadas. Peyrano discorre que as medidas autossatisfativas vem proporcionando a proteção de direitos em novo marco cultural, sobretudo em uma sociedade mais complexa, exigente e acelerada⁷⁷.

O exemplo citado e analisado pelo doutrinador é o precedente relativo à proteção do direito à intimidade na *internet*.

Narra caso resolvido pelo Juizado Federal nº 2 de Rosário, Santa Fé⁷⁸, no qual envolvia uma composição fotográfica com poses pornográficas, na qual somente o rosto da autora foi postada como *link* na página da internet do portal www.yahoo.com.br.

suficiente". In MIDÓN, Gladis E. MIDÓN, Marcelo S. *Manual de derecho procesal civil*. 2ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014. p. 689.

⁷⁶ El proyecto de reforma del CPCC de Santa Fe prevé agregar al vigente art. 290 lo siguiente:

"Los jueces podrán decretar, prudencial y excepcionalmente, medidas urgentes distintas de las reguladas expresamente en este código. Requiriéndose una solución urgente no cautelar, podrá solicitarse el despacho de una medida autosatisfactiva cuando existiere una palmaria verosimilitud del derecho alegado, previa prestación de contracautela que podrá dispensarse en mérito a las circunstancias del caso. El pedido, que deberá aportar elementos probatorios *prima facie* de lo argumentado, será sustanciado exclusivamente mediante un traslado o la celebración de una audiencia. El tribunal podrá, excepcionalmente, ordenarla sin previa audiencia del destinatario cuando se demuestre *prima facie* la absoluta impostergabilidad de la solución requerida. La resolución que declare procedente una medida autosatisfactiva será apelable con efecto devolutivo, y cualquier incidencia que promoviere su destinatario no impedirá la ejecución de lo ordenado. La medida autosatisfactiva podrá ser sujeta a límites temporales prorrogables a pedido de parte, y no se encuentra sometida a los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar". In MIDÓN, op. cit.. p. 687/688.

⁷⁷ PEYRANO, Jorge W. La batalla (...). Op. cit. p. 10.

⁷⁸ Juzg. Federal Nº 2 Rosario (S.F.) Sec. "A" 13.02.01, "... c/Internet: www.yahoo.com y otros s/Medida cautelar autosatisfactiva".

Ao lado da fotografia estavam todos os dados pessoais da autora, como número de telefone e frases que incitavam à sua contratação para prestação de serviços típicos da função de prostituição. A autora, então, estava recebendo incessantes chamadas telefônicas em sua residência, na qual moravam seus pais e irmãos, com pedidos de prestação de serviços escusos, originados da fotografia virtual.

A juíza responsável pelo caso constatou a veracidade das informações deduzidas como causa de pedir ao ingressar no portal www.yahoo.com.br e através de seu buscador, confirmou a correspondência da imagem e da legenda contida na internet à folha impressa juntada aos autos como prova.

Interessante ter sido verificado e registrado que às 16 horas do dia anterior ao julgamento, o endereço eletrônico havia sido acessado 460 vezes.

Assim, foi considerado que não havia nenhum interesse na manutenção da composição fotográfica na *internet*, mas a própria autora detinha legitimidade para pleitear providência, pois era a única afetada em sua esfera de direitos elementares de pessoa. Assim, ordenada a medida autossatisfativa cujo teor consubstanciou ordem de supressão imediata de referida página da *internet*, tendo sido a medida despachada *inaudita altera parte*.

O caso concreto somente pretendeu remediar uma situação danosa em curso, lesiva de um direito evidente. A medida não se endereçou à declaração do direito à intimidade, mas a colocar fim a uma situação contrária ao direito e geradora de danos que afetavam os direitos fundamentais da pessoa. Tampouco se pretendeu a reparação de danos ou prejuízo, mas o objeto de autossatisfação consistiu na eliminação da situação provocadora de danos.

Por isso, é possível aventar ajuizamento de ações posteriores à medida autossatisfativa, com o fim de serem formulados pedidos indenizatórios e condenatórios.

Peyrano discorre, ainda, que as medidas autossatisfativas, ao tutelar situações excepcionais, quais sejam, direitos suficientemente comprovados e que correm risco de lesão iminente ou são lesionados, necessitam de medidas preventivas e de jurisdição que atue de modo “oportuno”.

O início de um processo de amparo nestes casos é certamente desnecessário, porque a evidência e a urgência do direito tornam o debate em torno deles, desnecessário⁷⁹.

Outros casos são citados pelo autor, com âmbito de proteção nos direitos do consumidor, nos autos *Díaz, Pedro s/Denuncia c/ Parque de la Gloria*, de 19 de julho de 2007, mediante *fallo* pronunciado pelo *Juzgado de Faltas n° 2 Juzgado Municipal de Defensa del Consumidor*, Municipalidade de *La Plata*, na qual foi concedida medida autossatisfativa, com fulcro na *Ley 13.133*⁸⁰.

Neste precedente, foi acertado que as autoridades têm a obrigação constitucional de prover a proteção de consumidores e usuários, sendo que as leis consumeiristas tratam de normativa de ordem pública. O caso envolvendo relação contratual entre um cemitério privado e o consumidor, girava em torno do direito do cemitério enviar restos mortais para o ossário comum com direito de retenção, caso o consumidor contratante atrasasse o pagamento de mensalidades. O perigo consistia na possibilidade de o consumidor em mora não ter a imediata disponibilidade sobre os restos mortais da esposa.

O consumidor/devedor reconhecia a dívida, mas manifestou a impossibilidade de quitá-la, e, como não podia colocar os ossos da esposa em outro local (devido ao direito de retenção do cemitério privado previsto em contrato), o montante só aumentava. Assim, o consumidor estava inserto

⁷⁹ Op. cit. p. 11.

⁸⁰ Artículo 71. Antes o durante la tramitación del expediente, se podrá dictar medida preventiva que ordene el cese de la conducta que se reputa en violación a la Ley de Defensa del Consumidor y/o este Código y/o sus reglamentaciones.

em um verdadeiro círculo vicioso, por não ter a livre disposição dos restos mortais e a permanência da dívida. O bem objeto do contrato é fora do comércio e de natureza personalíssima.

Ainda, havia o temor de que a empresa denunciada pudesse fazer mau uso ou o uso ilegítimo do dispositivo contratual para concretizar a promessa de depositar os restos em um ossário comum, situação na qual o denunciante perderia definitivamente a possibilidade de individualização e destinação para manter a veneração ou culto pessoal.

A solução para o caso foi a concessão de ordem ao cemitério privado para que disponibilizasse os restos mortais pertencentes à esposa do consumidor, abstendo-se o cemitério de exigir a implementação da cláusula contratual que permitia a exumação dos restos existentes para destinação ao ossário comum, impedindo os devedores à exumação do cadáver⁸¹.

O destino da dívida seria objeto de discussão apartada, em nova demanda.

Ainda, há descrição de outro caso envolvendo a proteção dos direitos dos menores, os usos contratuais nas atividades desportivas. O precedente se refere a "*Andino, Elsa Noemí y Luis Jesús Díaz p/ Medida Autossatisfactiva* perante a *Justicia de Primera Instancia Mendocina* em 5 de dezembro de 2005 nos autos nº 47294.

O questionamento dos pais do infante jogador se resumia à necessidade de pagar a soma de três mil pesos para negociar o passe do atleta a outra entidade futebolística amadora. Dada a habitualidade com que se discute a liberdade do menor para desenvolver a atividade desportiva futebolística, ficou ordenado que o atleta mirim podia jogar onde achasse mais conveniente para sua formação, até tornar-se profissional.

⁸¹ Op. cit. p. 14.

Assim, as medidas têm tido aceitação prática, apesar das limitações legislativas constatadas pela doutrina do país.

8. Comparação com o sistema brasileiro

O sistema brasileiro também se compadece com as questões da efetivação de tutelas jurisdicionais, conforme se observa no artigo 5º, LXXVIII inserido pela Emenda Constitucional 45/04, expressamente consignando como direito fundamental a duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação.

De acordo com Luiz Fux⁸², no Brasil a tutela de urgência prevista no artigo 300 do Código de Processo Civil é espécie de tutela provisória concedida nas situações em que estejam presentes circunstâncias que demonstrem a probabilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*) e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

A concessão pode ser vinculada ou não ao oferecimento de contracautela pelo beneficiário, bem como se pode dar liminarmente, com ou sem justificção prévia, conforme determinação do juiz da causa.

Destaca o autor que a tutela de urgência pode ser de natureza cautelar ou antecipada, a depender da finalidade que visam atingir.

Nos termos do artigo 304 do CPC, se concedida com caráter antecipado antecedente e não for impugnada pelo prejudicado, se estabilizará, situação em que o processo será extinto. Os efeitos da estabilização, lembra Fux, não se confundem com a coisa julgada, mas a possibilidade de revisão, modificação ou invalidação se esgota ao final do prazo de 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que inicialmente extinguiu o processo⁸³.

⁸² FUX, Luiz. *Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 85.

⁸³ Op. cit. p. 88/89.

Esta figura da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, poderia ser comparada com as medidas autossatisfativas argentinas, com as ressalvas quanto às particularidades dos ordenamentos em análise.

No artigo 305, a disciplina brasileira do CPC remete à tutela provisória cautelar antecedente e, caso deferida, o autor deverá deduzir o pedido principal nos mesmos autos no prazo de 30 dias, independentemente de novas custas. Indeferida, o pedido principal poderá ser deduzido, não existindo impedimento legal.

Por fim, o Brasil prevê no seu CPC/2015 a tutela de evidência que, de acordo com certas circunstâncias, será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou ao resultado útil do processo⁸⁴.

Comparativamente, tem-se que o sistema argentino, assim como no Brasil, há previsão de medidas cautelares e medidas de urgência que cindem o mérito da demanda, em caráter expedito, mas não se pode equipará-las, de todo.

Cada sistema tem suas peculiaridades. No Brasil, por sua vez, se vislumbra alguma aproximação da tutela de urgência antecipada antecedente estabilizada com as medidas autossatisfativas, como outrora apontado, na medida em que ambas esgotam o objeto da lide, sem que, necessariamente, seja imprescindível o ajuizamento de procedimento autônomo.

Ao fim e ao cabo, útil é a ideia do uso das medidas autossatisfativas no contexto brasileiro, travestidas, de certa forma, na tutela de urgência antecipada antecedente apta à estabilização, para medição de sua efetividade no Brasil.

9. Conclusões

A conclusão a que se chega, após estudos das medidas autossatisfativas no contexto argentino e uma breve

⁸⁴ Op. cit. p. 89/90.

síntese, especialmente, do artigo 300 do Código de Processo Civil, é o seguinte:

- As tutelas de urgências são espécie de tutela jurisdicional extremamente relevantes para a higidez do sistema processual e do sistema de Justiça, uma vez que da sua disciplina e operacionalização depende a higidez da efetividade das demandas judiciais, à luz dos direitos dos jurisdicionados;

- As medidas autossatisfativas argentinas e as tutelas antecipatórias antecedentes brasileiras realizam o papel de dizer o direito em situações de urgência, sendo mecanismos importantes nos ordenamentos estudados;

- As tutelas de urgência, sejam cautelares, sejam satisfativas, são de difícil diferenciação jurídica, em certos casos, mas o excesso de formalismo ou a confusão didática/metodológica contudo, não podem impedir a efetividade jurisdicional, quando diante de um caso concreto, devam ser dadas respostas rápidas e híginas aos jurisdicionados.

A reforma processual brasileira assim, pode inspirar-se no ordenamento argentino, para que a peculiar disciplina da tutela antecipatória antecedente possa ser experimentada no foro, medindo-se a sua efetividade no labor processual diário.

REFERÊNCIAS

ARAZI, Roland. Tutela Inhibitoria. **Revista de Derecho Procesal**. Tutelas procesales diferenciadas, 2008.

BARBERIO, Sergio J. **La Medida Autosatisfactiva**. Editorial Jurídica Panamericana. Ed. 2006.

DE LOS SANTOS, Mabel. **Medida autosatisfactiva y medida cautelar**, publicado em Medidas Cautelares, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.

DOMÍNGUEZ, María Cecilia. **Procedencia y justificación constitucional y normativa de las medidas autosatisfactivas. Las dimensiones de su posible extensión: urgencia, daño y derecho patente o evidente.** *Jurisprudencia Santafesina*. Ref. Imprensa: Revista nº 97, np.

FUX, Luiz. **Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo (coord). Colección de Análisis Jurisprudencial: **Elementos de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: La Ley, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, Año III- N° 4, 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Editorial Rubinzal Culzoni, Febrero 2004.

LEVAGGI, Abelardo. **La codificación del procedimiento civil en la Argentina**. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1983.

MATURANA, María Marta Ventos. **El rol del juez frente a las medidas autosatisfactivas en el derecho a la salud**. *Revista Aequitas*, v. 11, n. 11, 2020.

MIDÓN, Gladis E. MIDÓN, Marcelo S. **Manual de derecho procesal civil**. 2ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014.

PEYRANO, Jorge W. **Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes**

innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema. En Temas Modernos del Derecho Procesal. Ed. Dike. Mendoza. 1999.

_____. **La batalla por la medida autosatisfactiva.** In ARMELIN, Donaldo (coord.). Tutelas de urgência e cautelar. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas Autosatisfactivas.** lus et veritatis, n. 15, 1997.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El garantismo procesal,** en la obra colectiva Activismo y garantismo procesal, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009.

O papel da advocacia pública no dever de coerência na Administração Pública

The role of state attorney in the duty of coherence in Public Administration

Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹

RESUMO

O artigo aborda o papel da advocacia pública na efetivação do dever de coerência da Administração Pública. O Estado Pós-moderno, fortemente marcado pela complexidade, pluralidade e incerteza, acarreta para o gestor público o desfaio de reduzir a insegurança jurídica e dispensar tratamento isonômico aos administrados. A efetividade do princípio da segurança jurídica e da garantia de coerência estatal depende da melhoria da gestão pública, mas, também, da organização e da autonomia da advocacia pública. Destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça, a advocacia pública é responsável pelo controle interno e defesa da juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico. A atuação coerente e isonômica da Administração Pública, evitando a edição de atos contraditórios e o tratamento desigual entre pessoas inseridas em contextos semelhantes, depende, em larga medida, da atuação do advogado público que, por essa razão, deve ter assegurada a sua independência funcional. No exercício de sua missão institucional, a advocacia pública deve zelar pela coerência administrativa, o que revela a necessidade de emissão de pareceres e outras formas de manifestação jurídica, inclusive na esfera judicial, que

¹ Procurador do Município do Rio de Janeiro. E-mail: contato@roaa.adv.br

garantam o respeito aos precedentes judiciais e administrativos.

Palavras-chave: Advocacia pública; Administração Pública; coerência estatal.

ABSTRACT

This article deals with the role of state attorney in the implementation of the duty of coherence of the Public Administration. The Postmodern State, strongly marked by complexity, plurality and uncertainty, causes the public manager the task of reducing legal uncertainty and dispensing with isonomic treatment to the administered. The effectiveness of the principle of legal certainty and the guarantee of state coherence depends on the improvement of public management, but also on the organization and autonomy of public advocacy. Highlighted in the constitutional text as an essential function of Justice, public advocacy is responsible for internal control and defense of the legality of state acts, guaranteeing the public administration a management within the parameters set in the legal system. The coherent and isonomic action of the Public Administration, avoiding the publication of contradictory acts and the unequal treatment between persons inserted in similar contexts, depends, to a large extent, on the performance of the state attorney that, for that reason, must have ensured the functional independence. In the exercise of its institutional mission, public advocacy must ensure administrative coherence, which reveals the need for issuing opinions and other forms of legal expression, including in the judicial sphere, that guarantee respect for judicial and administrative precedents.

Keywords: State attorney; Public administration; state coherence.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar o papel da atuação da advocacia pública na garantia do dever de coerência estatal.

Com as intensas transformações tecnológicas, o pluralismo de interesses consagrados no ordenamento jurídico, o excesso de informações e o incremento das incertezas e dos riscos, revela-se desafiadora a atuação coerente do gestor público. A coerência estatal é uma exigência que decorre, automaticamente, dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima e da isonomia.

O desafio é a busca da coerência no ambiente de caos. Não se trata de exigir, pura e simplesmente, a petrificação da ação estatal, uma vez que a coerência não significa imutabilidade.

Em verdade, o caminho é a atuação estatal coerente com as promessas firmes, com as interpretações e com os próprios atos passados, com o objetivo de gerar previsibilidade para os cidadãos e, desta forma, proteger as legítimas expectativas geradas, sem proibir, contudo, as mudanças, adaptações e evoluções que são necessárias para que o Direito se mantenha conectado com as necessidades da sociedade.

Nesse contexto, revela-se conveniente investigar o papel da advocacia pública na implementação do dever de coerência na gestão pública.

2. Os desafios da gestão pública no Estado Pós-moderno

A gestão pública, na atualidade, enfrenta enormes desafios, com destaque para dificuldade de compatibilizar interesses diversos, típicos de uma sociedade plural, no contexto de incertezas e constantes transformações tecnológicas.

Os desafios apresentados pela pós-modernidade,² especialmente o incremento do risco, da velocidade da informação, das novas tecnologias e da complexidade dos interesses que devem ser satisfeitos pelo Estado, demonstram a insuficiência dos modelos tradicionais de organização, de atuação e de controle da Administração Pública, pautados por formalidades excessivas e pela despreocupação com a eficiência estatal. Igualmente, a globalização impõe a revalorização dos mercados e a necessidade de diálogos transnacionais, relativizando as fronteiras jurídicas dos Estados.

Neste cenário de complexidade, André-Jean Arnaud (2007, p. 307) demonstra o afastamento de algumas armadilhas positivistas, tais como: “determinismo (tudo pode ser explicado independentemente do observador), princípio do terceiro excluído (tudo que não é verdadeiro é falso) e reducionismo (tudo é redutível a elementos simples)”.

Da mesma forma, Paolo Grossi (GROSSI, p. 64 e 69), professor de História do Direito da Universidade de Florença, vai criticar as “mitologias da modernidade”, especialmente o reducionismo do Direito que, ao pretender tornar a paisagem jurídica simples e harmoniosa, gerou a abstração e a artificiosidade. Em sua visão, o ordenamento jurídico pressupõe a realidade ordenada e não pode prescindir, portanto, do respeito à complexidade e à pluralidade social.

Há uma clara tendência à descentralização do poder no interior da organização administrativa e para fora dela, sendo possível diagnosticar, como demonstrado por Santi Romano (2008), uma pluralidade dos ordenamentos jurídicos.

² Conforme destacado por Jacques Chevalier (2009, p. 17 e 182), a sociedade contemporânea seria marcada pela complexidade, desordem, indeterminação e incerteza. O direito, por sua vez, seria plural, negociado, flexível e reflexivo. Não há consenso sobre a superação da modernidade, motivo pelo qual é possível encontrar autores que preferem fazer alusão à modernidade “tardia”, “reflexiva” ou “líquida”, ao invés de pós-modernidade. Sobre o tema, vide: GIDDENS, 2002; BECK, 2001; BAUMAN, 2001.

O gestor público não pode ignorar as mutações sociais, políticas e jurídicas, devendo adaptar-se às novas exigências do mundo globalizado e complexo. Por esta razão, no cenário brasileiro, a Administração Pública deve reforçar a legitimidade e a eficiência de suas ações.

No contexto do ordenamento plural, caracterizado pela complexidade e, eventualmente, pelo antagonismo dos interesses que devem ser perseguidos pelo Estado, a ação administrativa deve intensificar a sua preocupação com o planejamento, com transparência, a abertura à participação da sociedade, com a prestação de contas e com instrumentos eficazes de controle pautados nos resultados.

Destaca-se, aqui, a necessidade de estabelecer coerência na ação administrativa, com o objetivo de reduzir a insegurança jurídica e dispensar tratamento isonômico aos administrados.

Infelizmente, a preocupação com a coerência da atuação estatal, embora apresente alguns avanços normativos, ainda não foi internalizada na prática de diversos órgãos, inclusive no âmbito do Poder Judiciário.³

Não é tarefa fácil decidir em cenário de complexidade, pluralidade e incerteza.

O gestor público se depara com dificuldades intensificadas em razão da necessidade de decidir de forma célere e eficiente, levando em consideração o contexto apresentado.

³ Mencione-se, por exemplo, a relutância dos juízes em observar os precedentes vinculantes, conforme demonstrou a pesquisa realizada em 2018 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que revelou que, na opinião da maioria dos juízes de primeiro e segundo grau, bem como dos Ministros dos Tribunais Superiores, os magistrados deveriam ter liberdade para decidir sem se pautarem, necessariamente, pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes. Fonte: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. QUEM SOMOS. A MAGISTRATURA QUE QUEREMOS. Rio de Janeiro, novembro de 2018. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Não bastasse a dificuldade de encontrar a melhor decisão possível diante das inúmeras alternativas apresentadas no momento decisório, o gestor encontra, ainda, a preocupação de não ser responsabilizado posteriormente perante os órgãos de controle.

As decisões administrativas, com alguma frequência, são questionadas pelos órgãos de controle que, infelizmente, pretendem impor a visão do controlador como a única correta, sem considerar a razoabilidade das interpretações administrativas colocadas ao gestor no momento da tomada da decisão.

A confusão entre o “erro administrativo”, inerente a qualquer atividade humana, inclusive aquela desenvolvida no âmbito da Administração Pública, e a configuração do “ato de improbidade administrativa”, que pressupõe a atuação dolosa ou, excepcionalmente, culposa, do agente desonesto, tem sido empreendida por membros dos órgãos de controle na propositura de ações judiciais e na aplicação de sanções.

É inerente ao Estado Democrático de Direito o exercício do controle da Administração Pública, com a garantia da autonomia institucional dos órgãos controladores internos e externos.

O que deve ser evitado – e o desafio é a fixação do ponto de equilíbrio – é o olhar formalista, descontextualizado, desproporcional e substitutivo do órgão controlador sobre a decisão do gestor público, sob pena de a visão punitivista gerar a denominada “Administração Pública do medo”, com a paralisia administrativa, violadora do princípio constitucional da eficiência, em razão do temor dos agentes públicos inseridos nos cargos e nas funções de direção da Administração Pública.

O incremento das normas jurídicas com textura aberta, especialmente os princípios jurídicos e as regras que consagram conceitos jurídicos indeterminados, fomenta a liberdade (discricionariedade regrada) do gestor para a tomada das decisões administrativas.

O caminho, no entanto, é de mão dupla: ao mesmo tempo em que há um nítido incremento do prestígio da atividade exercida pela Administração Pública na concretização das normas constitucionais, o princípio da juridicidade⁴ gera, naturalmente, restrições mais sensíveis à atuação do administrador e amplia o controle externo dos atos administrativos.

Revela-se, portanto, fundamental que o gestor público, de um lado, tenha incentivos ou, ao menos, não tenha medo de tomar decisões, com a preocupação de manter a coerência perante os administrados, o que preserva a segurança jurídica e a isonomia no tratamento de questões semelhantes.

Com o objetivo de garantir maior segurança jurídica na aplicação das normas de Direito Público, a Lei 13.655/2018 inseriu importantes dispositivos normativos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que podem ser divididos em, pelo menos, quatro pilares:

a) reforço da motivação da decisão estatal com ênfase no pragmatismo jurídico (arts. 20 a 24 da LINDB): com o objetivo de levar a realidade a sério, o contexto e as consequências da decisão devem ser ponderados pelos gestores e órgãos de controle;

b) proteção dos agentes públicos honestos (arts. 22 e 28 da LINDB): na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, restringindo a responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas aos casos de dolo ou erro grosseiro;⁵

⁴ Conforme afirmamos em outra oportunidade, a consagração do princípio da juridicidade não aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição (OLIVEIRA, 2010).

⁵ A exigência de dolo ou culpa para responsabilização do agente público, na forma do art. 28 da LINDB, pode gerar dúvidas quanto à suposta violação ao art. 37, §6º da CRFB. De nossa parte, não vislumbramos ofensa ao texto constitucional na gradação da culpa, por parte do legislador ordinário, para

c) consensualidade e participação (arts. 26, 27 e 29 da LINDB): viabilidade da celebração de compromissos (acordos) administrativos e a possibilidade de realização de consultas públicas para edição de atos normativos;

d) coerência administrativa (art. 30 da LINDB): as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Os instrumentos previstos no *caput* do art. 30 terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Verifica-se, especialmente no último pilar mencionado acima, que a coerência administrativa, inerente ao Estado Democrático de Direito, é reforçada com a alteração promovida na LINDB.

Além de garantir a segurança jurídica e a isonomia na interpretação e na aplicação do Direito, a atuação coerente do gestor público, com a aplicação das mesmas soluções jurídicas aos casos semelhantes, configura importante instrumento de proteção pessoal contra eventual responsabilização posterior perante os órgãos de controle.

3. O dever de coerência na Administração Pública

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública está subordinada não apenas às leis, mas também aos princípios jurídicos, naquilo que se

responsabilização pessoal do agente público, notadamente pela razoabilidade da restrição (OLIVEIRA, 2019, p. 806). Frise-se que a exigência de, ao menos, culpa grave (ou erro grosseiro) já era consagrada no STJ para configuração, por exemplo, do ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, com fulcro na redação originária do art. 10 da Lei 8.429/1992, sem olvidar que para os demais atos de improbidade a comprovação do dolo constituía pressuposto para tipificação da conduta e aplicação das sanções. STJ, AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011. Frise-se que a Lei 14.230/2021 alterou profundamente a Lei 8.429/1992 e extinguiu a possibilidade de improbidade culposa, exigindo-se o dolo para caracterização de qualquer ato de improbidade administrativa.

convencionou denominar de princípio da juridicidade. É possível afirmar, atualmente, que o fundamento do Direito Administrativo é a efetivação dos direitos fundamentais, o que demonstra a impossibilidade de atuações administrativas completamente livres, caprichosas e autoritárias.

A vinculação da Administração Pública relaciona-se não apenas com os atos externos, provenientes de outros Poderes (leis e decisões judiciais), mas, também, com os seus próprios atos administrativos (individuais e normativos) e práticas administrativas.

Segundo Alexandre Aragão (2008, p. 2):

A teoria das autolimitações administrativas constitui, na verdade, um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública aos cidadãos, em uma expressão do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial, que vedam as iniquidades estatais.

Quanto à origem, a vinculação administrativa pode ser dividida em duas espécies (OTERO, 2003, p. 381-382):

a) heterovinculação (ou vinculação externa): a vinculação decorre de atos externos à Administração Pública (ex.: Constituição, leis e decisões judiciais); e

b) autovinculação (ou vinculação interna): a vinculação decorre dos próprios atos e condutas da Administração (ex.: atos administrativos individuais e normativos, praxe administrativa, promessas administrativas, contratos).

No Brasil, a concepção de heterovinculação administrativa possui ampla aceitação, notadamente pela consagração dos princípios constitucionais da legalidade e da

separação de poderes (ou funções), com a previsão de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Não é novidade a afirmação de que a atuação administrativa se encontra submetida à lei, razão pela qual qualquer atividade administrativa ilegal deve ser, em regra, objeto de invalidação. É verdade, contudo, que a concepção de legalidade oitocentista, típica do Estado Liberal pós-revolucionário, tem sofrido mutações nos últimos anos para adequar-se à nova realidade imposta pelo neoconstitucionalismo e pelo Pós-positivismo (OLIVEIRA, 2010).

Dessa forma, a atuação administrativa submete-se ao controle de legalidade (juridicidade) exercido pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CRFB) e pelo Poder Legislativo (art. 49, V, da CRFB), inclusive com o auxílio dos Tribunais de Contas (art. 70 da CRFB).

Por outro lado, o estudo da autovinculação administrativa não recebeu no Brasil, com honrosas exceções, a necessária atenção da doutrina e da jurisprudência.

É preciso, portanto, desenvolver esse tópico, uma vez que a ideia de que as pessoas não podem atuar de forma contraditória e incoerente deve ser aplicada não apenas ao setor privado, mas, também, ao setor público.

Não é razoável conceber que a Administração Pública exerça suas atividades de forma aleatória e irracional, o que acarretaria insegurança jurídica e colocaria em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A previsibilidade gerada pela atuação administrativa coerente é uma exigência do Estado Democrático de Direito, bem como dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia.

A ideia da autovinculação administrativa (*Selbstbindung*) surge na Alemanha no século XIX, inicialmente atrelada ao princípio da igualdade no âmbito da aplicação administrativa da lei, com o objetivo de evitar o cometimento de arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa.

Hartmut Maurer (2006, p. 706), ao tratar da autovinculação administrativa no Direito Alemão, afirma que a Administração infringe o princípio da igualdade quando se desvirtua de sua prática administrativa sem fundamento jurídico justificador.

Atualmente, a autovinculação é reconhecida, com algumas peculiaridades em relação à concepção alemã, no âmbito da União Europeia (DÍEZ SASTRE, 2008, p. 176-181 e 210-220).

Posteriormente, a ideia de autovinculação administrativa foi conectada, também, com o princípio da proteção da confiança legítima (OLIVEIRA, 2013, p. 163-189), defendendo os cidadãos contra caprichos e arbitrariedades do Poder Público, notadamente no campo das promessas estatais descumpridas ou da revogação arbitrária de atos administrativos.

A autovinculação administrativa não acarreta benefícios apenas para os particulares. A própria Administração Pública aufere vantagens com a sua atuação coerente e não contraditória, tais como: a celeridade da resposta às demandas repetitivas; a redução da litigiosidade; a diminuição das incertezas, dos riscos e dos custos das relações jurídico-administrativas; e a maior aceitação dos particulares às suas decisões e, por consequência, o reforço da legitimidade de sua atuação (MODESTO, 2010, p. 7).

A autovinculação administrativa pode decorrer de atividades ou de condutas administrativas diversas, tais como os atos administrativos normativos, os atos internos, as práticas administrativas continuadas, os atos individuais, as promessas administrativas etc.

Em razão das diversas possibilidades de autovinculação, a doutrina tem apresentado classificações distintas para a autovinculação administrativa. Silvia Díez Sastre (2008, p. 190-191) apresenta três classificações sobre o instituto, a partir de três critérios, a saber:

- 1) Classificação quanto à estrutura:

1.a) autovinculação relacional: trata-se da autovinculação que decorre dos atos administrativos normativos e da prática administrativa, exigindo-se tratamento idêntico entre casos semelhantes, em razão do princípio da igualdade; e

1.b) autovinculação não relacional: relaciona-se com os princípios da boa-fé e da proteção da confiança que demanda coerência dentro da mesma relação jurídica, inexistindo, aqui, a necessidade de comparações entre relações jurídico-administrativas envolvendo pessoas diversas.

2) Classificação quanto ao tempo e ao espaço:

2.a) autovinculação horizontal: ocorre a partir de atos administrativos editados em processos e momentos distintos; e

2.b) autovinculação vertical: envolve atos editados dentro do mesmo processo administrativo ou da mesma sequência espacial e temporal.

3) Classificação quanto à evolução do conceito de autovinculação:

3.a) autovinculação em sentido estrito: encontra fundamento no princípio da igualdade, aplicando-se o mesmo tratamento jurídico aos casos semelhantes; e

3.b) autovinculação em sentido amplo: fundamenta-se não apenas no princípio da igualdade, mas, também, nos princípios da boa-fé e da proteção da confiança para proteger as pessoas contra os caprichos e a incoerência do Estado, seja no tratamento isonômico entre pessoas em situações fático-jurídicas semelhantes, seja na proteção da boa-fé e da confiança jurídicas dos administrados em relação às promessas, aos atos e às práticas administrativas.

Tradicionalmente, a autovinculação mantém relação intensa com a discricionariedade administrativa, funcionando como uma contenção de eventuais arbítrios por parte dos agentes públicos que exercem escolhas e avaliações administrativas a partir da legislação (DÍEZ SASTRE, 2008, p. 203-206).

Vale dizer: a função principal da autovinculação é limitar a discricionariedade administrativa a partir dos princípios da igualdade, da boa-fé e da proteção da confiança legítima. A margem de liberdade reconhecida pelo legislador ao administrador público para eleger o melhor caminho administrativo na satisfação do interesse público não significa um cheque em branco para adoção de medidas desproporcionais, desiguais e contrárias à boa-fé. É necessário garantir que a atuação administrativa seja coerente e não contraditória no Estado Democrático de Direito.

Apesar de sua ligação inicial com a atuação administrativa discricionária, a ideia de autovinculação, posteriormente, foi alargada para abranger, não livre de controvérsias doutrinárias, as atuações vinculadas, as atividades prestacionais e as relações de sujeição especial envolvendo a Administração Pública e os administrados.

Cabe destacar que a autovinculação não significa o engessamento administrativo e deve ser concebida de forma relativa (e não absoluta). Isto porque a autovinculação envolve a tensão entre a busca de continuidade e de previsibilidade da ação administrativa, por um lado, e a necessidade de inovação e de flexibilidade por parte da Administração para atender às mutações sociais, tecnológicas, políticas, econômicas e culturais (PIELOW, 1997, p. 51).

Nos casos devidamente motivados, a Administração pode alterar a sua interpretação sobre determinadas normas jurídicas, aplicando-se, em regra, a nova orientação aos casos futuros semelhantes, com o objetivo de resguardar a segurança jurídica e a boa-fé dos administrados.

Em suma, no Estado Democrático de Direito pressupõe coerência na atuação estatal, afigurando-se indesejada a conduta contraditória nas relações jurídicas com os cidadãos.

Em consequência, nos processos administrativos ou nas relações jurídicas semelhantes, ainda que envolvam

particulares diversos, a Administração deve aplicar tratamento isonômico e coerente.

É possível afirmar que o dever de coerência administrativa fundamenta-se, ao menos, nos seguintes princípios constitucionais:

a) princípio da igualdade: os casos semelhantes envolvendo particulares diversos devem ser tratados de forma isonômica, sendo vedada a discriminação desproporcional entre pessoas que se encontram em situações fáticas e jurídicas similares;

b) princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança legítima: a previsibilidade, a lealdade e a coerência da ação administrativa, com a dispensa de tratamento uniforme aos casos semelhantes, garante segurança jurídica e protege a boa-fé e as expectativas legítimas dos particulares;

c) princípios da razoabilidade e proporcionalidade: o respeito aos seus próprios precedentes evita a prática de arbitrariedades administrativas;

d) princípio da eficiência: a atuação coerente da Administração tem o potencial de desestimular a litigância administrativa e a judicialização da questão decidida, bem como de agilizar a atividade administrativa.

Além dos argumentos constitucionais, a necessidade de coerência e previsibilidade nas atividades administrativas é uma imposição da legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, por exemplo, em âmbito federal, o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999 dispõe que a interpretação da norma administrativa deve ser realizada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, “vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

A partir da norma em comento, é possível perceber a preocupação do legislador federal com o respeito às interpretações administrativas que foram implementadas para resolver casos passados, impedindo a retroatividade de

novas interpretações, resguardando a autoridade dos precedentes já editados.

É preciso destacar que, a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a vedação da retroatividade da nova interpretação administrativa fundamenta-se na necessidade de proteção da boa-fé e da confiança legítima do administrado, que não pode ser surpreendido com a alteração da interpretação da Administração. Por esta razão, entendemos que nada obsta a retroatividade da nova interpretação administrativa desde que esta seja favorável aos administrados (VALIM, 2010, p. 97).

A preocupação com a coerência na ação administrativa, evitando mudanças repentinas e sucessivas de interpretação, pode ser encontrada, ainda, no art. 50, VII da Lei 9.784/1999 que exige a motivação, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, dos atos administrativos que “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”.

Mencione-se, ainda, o Código de Processo Civil (CPC/2015) que consagrou a teoria dos precedentes judiciais, com adaptações do seu modelo originário da *Common Law*, bem como a necessidade de uniformização jurisprudencial, o que impacta, inclusive, nos processos administrativos. Isto porque o art. 15 do CPC/2015 dispõe que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A exigência de coerência administrativa foi reforçada com o art. 30, *caput* e parágrafo único, da LINDB, inserido pela Lei 13.655/2018, que exige a atuação estatal orientada para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, que terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

O dever de coerência estatal revela a importância do estudo dos precedentes administrativos, que, tradicionalmente, não recebia maior atenção da doutrina tradicional, sendo possível incluí-los no rol das fontes do Direito Administrativo.⁶

A efetividade do princípio da segurança jurídica e da garantia de coerência estatal depende, assim com o respeito da ordem jurídica em sua integralidade, da melhoria da gestão pública, mas, também, da organização e da autonomia da advocacia pública.

Conforme será demonstrado a seguir, os advogados públicos representam os primeiros escudos da sociedade contra atuações arbitrárias dos gestores.

4. O papel da advocacia pública na efetividade da coerência estatal

A advocacia pública, destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça (arts. 131 e 132 da CRFB), é responsável pelo controle interno e defesa da juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico.

As atividades são variadas, envolvendo, por exemplo, a defesa das entidades estatais em ações judiciais, a propositura de ações judiciais de interesse municipal, a análise de minutas de editais e contratos administrativos, a emissão de pareceres sobre assuntos controversos e a orientação jurídica para os gestores.

A qualidade da atuação do advogado público e a sua caracterização como advogado de Estado – e não de governo –, depende de uma série de fatores, mas, primordialmente,

⁶ De nossa parte, consideramos o precedente administrativo como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública (OLIVEIRA, 2018, p. 95).

da sua autonomia técnica, administrativa e financeira do próprio órgão jurídico, características indispensáveis à defesa imparcial dos atos e contratos municipais.

Nesse contexto, é possível afirmar a essencialidade da advocacia pública para preservação do Estado Democrático de Direito, com destaque para a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência.

A atuação coerente e isonômica da Administração Pública, evitando a edição de atos contraditórios e o tratamento desigual entre pessoas inseridas em contextos fático-jurídicos semelhantes, depende, em larga medida, da atuação da advocacia pública que, por essa razão, deve ter assegurada a sua independência funcional.

Apenas os advogados públicos independentes são capazes de orientar os gestores públicos, com a emissão de opiniões técnicas e imparciais. Não se trata aqui, frise-se, de atuação binária na definição da decisão estatal a ser adotada diante de determinado caso concreto, mas, sobretudo, da demonstração dos riscos e das possíveis vias decisórias colocadas à disposição do gestor público.

É fundamental não confundir a atuação da advocacia pública com a função do gestor público. A decisão é de competência exclusiva da autoridade competente, eleita ou nomeada, para o exercício das funções político-administrativas decisórias, não cabendo ao advogado público, inclusive por falta de legitimidade e de atribuição legal, compartilhar ou substituir a decisão do gestor.

Não por outra razão, criticamos a tese que pretende imputar a responsabilidade ao advogado público que, no exercício da função consultiva, emite parecer que é adotado pela autoridade como fundamento de sua decisão.

Segundo o STF, no caso dos pareceres vinculantes, seria possível a responsabilização solidária entre o parecerista e o administrador, uma vez que o parecer favorável, na visão da Corte, configuraria pressuposto de perfeição do ato, havendo a “partilha do poder de decisão”. Em relação aos demais pareceres, com caráter opinativo, o

parecerista responde apenas em caso de culpa grave (erro grosseiro) ou dolo.⁷

De nossa parte (OLIVEIRA, 2019, p. 544-545), sustentamos que a responsabilidade pela emissão do parecer, vinculante ou não, somente é possível quando comprovado erro grosseiro ou o dolo do parecerista, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) o dever de administrar cabe à autoridade administrativa, e não ao consultor jurídico, sob pena de violação ao princípio da segregação de funções;

b) existem diversas interpretações jurídicas que podem ser razoavelmente apresentadas em cada situação concreta, não sendo possível responsabilizar o advogado público que apresentou interpretação razoável;

c) inviolabilidade do advogado, público ou privado, que responde apenas nos casos de dolo ou culpa (arts. 2.º, § 3.º; 3.º, § 1.º; 32; todos do Estatuto da OAB); e

d) a responsabilidade do advogado público, sem a devida comprovação do erro grosseiro ou do dolo, viola o princípio da eficiência e o art. 28 da LINDB, pois a responsabilização indiscriminada, sem a perquirição da má-fé ou dolo, faz com que o advogado público atue com receio, sem pensar na melhor decisão a ser tomada à luz da eficiência, mas apenas na possibilidade de sofrer sanções por

⁷ STF, Tribunal Pleno, MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*-18 01.02.2008, *Informativo de Jurisprudência do STF* n. 475. Do mesmo modo, o TCU já afirmou que o parecer jurídico em processo licitatório, emitido na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, não constitui ato meramente opinativo e pode levar à responsabilização do emitente (TCU, Plenário, Acórdão 1.337/11, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 64). Em outra oportunidade, no entanto, o TCU entendeu ser necessária a caracterização de erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa, para responsabilização de parecerista jurídico em processo licitatório (TCU, Acórdão 1.857/11, Rel. Min. André Luis de Carvalho, 13.07.2011, *Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU* n. 71). A distinção entre pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes foi apresentada por René Chapus (2001, t. I, p. 1.113-1.115).

suas opiniões (seria mais conveniente para o advogado negar a prática de atos para evitar a sua responsabilização).

A relevância da advocacia pública na efetivação do dever de coerência administrativa foi diagnosticada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1999, p. 21):

Compete ao Procurador do Estado e do Distrito Federal, no desempenho apropriado desse dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos a adotarem, em suas respectivas unidades federadas, a técnica dos Pareceres vinculantes, para evitar a tomada de decisões administrativas ruinosas para o Estado.

De forma semelhante, Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 62) destaca a importância da advocacia pública fortalecida para efetividade da democracia e do Estado de Direito:

Em síntese, a ninguém – salvo a governos totalitários e/ou corruptos – pode interessar uma Advocacia Pública enfraquecida ou esvaziada.

A democracia e o Estado de Direito só se fortalecem se houver sólidas e não fragmentadas instituições voltadas para o controle da legalidade, o que exige a garantia constitucional de um corpo permanente, profissionalizado, bem-preparado, protegido e remunerado, sem riscos de interferências políticas indevidas no exercício de funções técnicas e despolitizadas.

Igualmente, José Afonso da Silva (2002, p. 284) sustenta:

A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública.

De acordo com Gustavo Binenbojm (2010, p. 37-38), a singularidade da advocacia pública pode ser demonstrada a partir de três possibilidades e perspectivas:

a) atuação prévia: é a única carreira jurídica que atua previamente à configuração das políticas públicas;

b) atuação sistêmica: tem a visão sistêmica dos limites e das possibilidades relacionadas às políticas públicas, o que permite opinar sobre correção de rumos, com o objetivo de evitar efeitos colaterais indesejados; e

c) atuação proativa: a advocacia pública pode atuar proativamente na prevenção de litígios.

No exercício de sua missão institucional, a advocacia pública deve zelar pela coerência administrativa, o que revela a necessidade de emissão de pareceres e outras formas de manifestação jurídica, inclusive na esfera judicial, que garantam o respeito aos precedentes judiciais e administrativos.

A consagração dos precedentes judiciais no art. 927 do CPC/2015 e a sua vinculação à Administração Pública demonstram a relevância da atuação da advocacia pública na preservação da estabilidade, da integridade e da coerência do sistema jurídico.

Considerada como advocacia de Estado e não de governo, a advocacia pública possui o dever institucional de garantir, de forma preventiva e/ou repressiva, a juridicidade dos atos estatais.

No exercício da defesa judicial da Administração Pública, a advocacia pública deve alterar a tradicional cultura

da atuação beligerante, acostumada com o manejo de recursos e impugnações contra decisões judiciais que aplicam teses consolidadas.

É preciso repensar a gestão de acervos de massa, bem como a estratégia em casos relevantes e estratégicos para o interesse público, com a adoção de medidas capazes de otimizar a atuação dos advogados públicos, cabendo destacar, por exemplo: a) utilização de novas tecnologias para administração eficiente do acervo; b) a previsão e a constante verificação de dispensas recursais em casos semelhantes e com teses consolidadas nos tribunais; c) a elaboração de parâmetros normativos para tentativas de acordos em casos repetidos ou estratégicos, inclusive com o fomento à instituição de câmaras de conciliação no âmbito da própria Administração para evitar judicializações desnecessárias.

A atuação eficiente da advocacia pública na esfera judicial acarreta consequências positivas não apenas aos envolvidos na lide, partes, magistrados e Ministério Público, mas à coletividade, que passa a enxergar a Administração Pública como instituição séria e pautada pela busca da eficiência.

Não apenas na atuação contenciosa, mas, especialmente, na função consultiva, eminentemente preventiva, a advocacia pública deve pautar a sua atuação pela busca de maior segurança jurídica e coerência estatal.

O objetivo não é apenas o de diminuir a judicialização das controvérsias administrativas, mas, garantir a apresentação de soluções jurídicas uniformes para casos semelhantes, exigência extraída dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima e da isonomia.

No exercício do controle interno, os advogados públicos devem orientar a respectiva Administração Pública com a apresentação da interpretação jurídica adequada sobre os atos estatais.

Nesse ponto, a atuação da advocacia pública não deve restringir-se às interpretações formalistas, com fundamento na legalidade estrita.

A partir da concepção do princípio da juridicidade e, como consequência, da necessidade de submissão dos atos estatais não apenas ao princípio da legalidade, mas, também, aos demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, é imperioso que os advogados públicos, na interpretação administrativa, levem em consideração os precedentes administrativos e judiciais vinculantes.

Quanto aos precedentes administrativos, a advocacia pública deve levar em consideração as orientações jurídicas pretéritas em casos semelhantes, com o intuito de manter a coerência interpretativa dos dispositivos constitucionais, legais e regulamentares.

Igualmente, os advogados públicos devem verificar se os atos e as decisões estatais submetidos à consulta jurídica são coerentes com as atuações anteriores da Administração Pública em casos semelhantes.

Inexistindo fato relevante e motivado para alteração ou superação do precedente administrativo, os membros da advocacia pública devem zelar pelo respeito do precedente que decidiu questão semelhante no âmbito daquela Administração.

A coerência estatal no exercício da atividade administrativa depende, também, do respeito aos precedentes judiciais vinculantes.

Isso porque a atuação administrativa contrária aos precedentes judiciais vinculantes colocaria em risco, conforme já destacado, os princípios da igualdade, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, abrindo-se caminho à judicialização e ao desfazimento da ação administrativa, sem olvidar a potencial responsabilização do gestor público.

Ao lado da atuação passiva, consistente no recebimento de consultas administrativas específicas ou no exercício da defesa judicial da entidade administrativa, a

advocacia pública deve pautar, de forma crescente, a sua atuação pela prevenção e proatividade, com a edição de orientações ou súmulas administrativas, a busca por soluções consensuais de conflitos e, se for o caso, a propositura de ações judiciais com o objetivo de evitar danos, restaurar a juridicidade e ressarcir eventuais prejuízos ao erário.

É verdade que a preocupação com a atuação da advocacia pública na garantia da efetividade das decisões dos tribunais superiores no âmbito dos processos administrativos não representa novidade.

Em âmbito federal, compete à AGU “unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal”, podendo editar, inclusive, enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (art. 4º, XI e XII, da LC 73/1993).

Com o objetivo de garantir a uniformidade da interpretação administrativa, os membros efetivos da AGU não podem contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União (art. 28, II, da LC 73/1993).⁸

O art. 40, § 1º, da LC 73/1993 dispõe que o parecer do Advogado-Geral da União, aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Ademais, a súmula da AGU tem caráter obrigatório para seus respectivos órgãos jurídicos, inclusive aqueles que atuam nas autarquias e fundações públicas federais, na forma do art. 43 da LC 73/1993. Com fundamento no referido dispositivo legal, o art. 2º do Decreto 2.346/1997, que consolida normas de procedimentos a serem observadas

⁸ A vedação também se aplica aos Procuradores do Banco Central do Brasil (art. 17-A, II, da Lei 9.650/1998, inserido pela Medida Provisória 2.229-43/2001).

pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, determina que, após firmada a jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União.

A partir das súmulas da própria AGU, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais (art. 3º do Decreto 2.346/1997).

A preocupação da AGU com a coerência administrativa pode ser demonstrada, também, pela instituição da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal, órgão integrante da AGU, com competência, por exemplo, para dirimir, por meio de conciliação, de mediação e de outras técnicas de autocomposição, a solução dos conflitos de interesse da Administração Pública federal, na forma do art. 32 da Lei 13.140/2015 e do Decreto 10.994/2022.

Mencione-se, ainda, que, no processo administrativo fiscal federal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, salvo (art. 26-A, *caput*, e § 6º, I e II, do Decreto 70.235/1972, alterado pela Lei 11.941/2009): a) se o ato tiver sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do STF; b) se o ato fundamentar crédito tributário objeto de: b.1) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei 10.522/2002; b.2) súmula da AGU, na forma do art. 43 da LC 73/1993; ou b.3) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da LC 73/1993.

Aliás, no processo administrativo fiscal, a necessidade de coerência administrativa justifica não apenas a edição de súmulas administrativas por parte do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda

(art. 25, II do Decreto 70.235/1972, alterado pela Lei 11.941/2009), mas, também, o respeito aos precedentes administrativos do próprio Conselho.

É possível perceber, portanto, que o ordenamento jurídico, antes do CPC/2015, já demonstrava preocupação com a aplicação coerente da jurisprudência e das orientações administrativas no exercício da advocacia pública.

Contudo, esse papel é reforçado com o advento do CPC/2015, uma vez que os precedentes vinculantes previstos no seu art. 927 devem ser observados pelas autoridades administrativas, independentemente da existência de súmula ou orientação do órgão jurídico responsável pela consultoria do respectivo ente federado.

De nossa parte, sustentamos a necessidade de aplicação dos precedentes judiciais vinculantes aos processos administrativos (OLIVEIRA, 2018, p. 146-154). A tese aqui defendida foi positivada, por exemplo, na Lei 8.972, de 13 de janeiro de 2020, do Estado do Pará que dispõe:

Art. 4º Os processos administrativos deverão observar, entre outros, os seguintes critérios:

(...)

XIV – respeito às decisões judiciais vinculativas que firmem tese jurídica

(...)

Art. 60. A Administração tem o dever de expressamente se pronunciar e emitir decisão sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados, nos processos administrativos e sobre solicitações, petições, representações ou reclamações.

(...)

§ 2º A decisão deverá considerar, necessariamente, enunciado de súmula vinculante dos Tribunais Superiores, bem como as orientações jurídicas

firmadas em âmbito estadual, quando for o caso. (...)

Art. 62. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos, dos fundamentos jurídicos e atos probatórios, especialmente quando:

(...)

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou diverjam de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais, súmulas de Tribunais Superiores e orientações jurídicas vinculativas emitidas por órgão competente”.

Em verdade, o órgão jurídico pode emitir orientação específica, inclusive por meio de súmula, para o administrador público e demais membros do órgão jurídico, com o objetivo de reiterar e esclarecer a necessidade de cumprimento do precedente judicial, mas essa conduta não é condição necessária para que o precedente judicial seja observado pela Administração.

Mencione-se, ainda, que o art. 19 da Lei 10.522/2002, alterado pela Lei 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) dispensa a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos em situações reveladoras da vinculação aos precedentes judiciais e administrativos, cabendo destacar, exemplificativamente, as seguintes hipóteses:

a) tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular;

b) tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular;

c) tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por resolução do Senado Federal, ou tema sobre o qual exista enunciado de

súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo STF em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

d) tema decidido pelo STF, em matéria constitucional, ou pelo STJ, pelo TST, pelo TSE ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando: d.1) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; ou d.2) não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional;

e) tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal de que trata o art. 18-A da Lei 10.522/2002.

Os diversos fundamentos apontados acima procuram demonstrar a necessidade de coerência administrativa no âmbito da advocacia pública.

5. Conclusões

A advocacia pública, destacada no texto constitucional como função essencial à Justiça (arts. 131 e 132 da CRFB), é responsável pelo controle interno e defesa da juridicidade dos atos estatais, garantindo aos administrados uma gestão pública dentro dos parâmetros fixados no ordenamento jurídico.

Conforme destacado ao longo do texto, a sociedade contemporânea ou “pós-moderna” é fortemente marcada pela complexidade, pluralidade e incerteza, o que incrementa o desafio de implementação de uma atuação estatal coerente e em compasso com os princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima e da isonomia.

O tratamento isonômico e coerente dos administrados é dever do gestor público, cujo exercício pressupõe a existência de órgão da advocacia pública capaz de emitir as orientações jurídicas necessárias à tomada das decisões.

A advocacia pública, instituição permanente, autônoma e especializada, composta por membros escolhidos por mérito e dotadas de garantias institucionais próprias, revela-se órgão estatal essencial ao Estado Democrático de Direito.

No rol de suas atribuições, ganha relevo, atualmente, o papel de garantir a coerência dos atos estatais, com o respeito aos precedentes administrativos e judiciais vinculantes, evitando a atuação administrativa esquizofrênica e em descompasso com o interesse público.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **La société du risque: Sur la voie d'une autre modernité**, Paris: Editions Flammarion, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, out. 2010.

CHAPUS, René. **Droit Administratif General**, t. I, 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

HEVALIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DÍEZ SASTRE, Silvia. **El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante**, Madrid: Marcial Pons, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, Barueri: Manole, 2006.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia pública e o princípio da eficiência. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Princípios do Direito Administrativo**, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013.

_____. **Precedentes administrativos**, São Paulo: Método, 2018.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 7. ed. São Paulo: Método, 2019.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**, Coimbra: Almedina, 2003.

PIELOW, Johann-Cristian. Integración Del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de La Administración. In: MUÑOZ, Guillermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. **Problemática de La administración contemporânea: una comparación europeo-argentina**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, José Afonso. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 230, out./dez. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004, p. 62.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2010

Coisa julgada sobre questão prejudicial nas relações jurídico-tributárias de trato continuado envolvendo Fisco Municipal e contribuinte

Res judicata on a preliminary issue in legal-tax relations involving Municipal Tax authorities and taxpayers

Fernanda Donnabella Camano¹

RESUMO

Este artigo se propõe a investigar o impacto da alteração promovida pelo CPC/2015 quanto à coisa julgada incidente sobre a questão prejudicial (§ 1.º, I a III, e § 2.º do art. 503 do Código de Processo Civil). Investigaremos os efeitos da nova disciplina sobre as relações jurídico-tributárias de trato continuado, isto é, em que medida a decisão sobre a questão prejudicial a respeito da (in)validade da regra-matriz de incidência impede o contribuinte e o Fisco Municipal de relitigarem sobre idêntica questão. Demonstrar-se-á, por exemplo, que se o contribuinte coloca em xeque a exigibilidade do crédito tributário mediante o ajuizamento de ação anulatória de débito fiscal (ou de embargos à execução fiscal), ainda que o pedido seja demarcado no tempo (referente a um específico lançamento), uma vez transitada em julgado, a decisão sobre a questão prejudicial a respeito daquela (in)validade se projeta para os demais exercícios, proibindo o contribuinte e o Fisco Municipal de relitigarem sobre ela. Trata-se de inovação de significativa importância na ordem jurídica, especialmente tributária, pois evita a

¹ Pós-doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professora da FGV/LAW/Direito/SP, sócia da Fernanda Camano Advocacia. E-mail: fernanda@camano.com.br

proliferação de demandas judiciais e a produção de decisões inconsistentes entre si.

Palavras-chave: Coisa julgada; Questão prejudicial; Relações jurídico-tributárias de trato continuado; (In)validade da regramatriz de incidência tributária; Impossibilidade de relitigação entre o contribuinte e o Fisco Municipal.

ABSTRACT

This article proposes to investigate the impact of the change promoted by the CPC/2015 regarding the *res judicata* incident on the preliminary question (§ 1, I to III, and § 2 of art. 503 of the Code of Civil Procedure). We will investigate the effects of the new discipline on the legal-tributary relations of continued treatment, that is, to what extent the decision on the preliminary question regarding the (in)validity of the tax base rule prevents the taxpayer and the Municipal Tax Authorities from relitigating on an identical issue. It will be shown, for example, that if the taxpayer challenges the enforceability of the tax credit by filing a tax debt annulment action (or a tax enforcement action), even if the request is demarcated in time (referring to a specific assessment), once it becomes final and unappealable, the decision on the preliminary question regarding that (in)validity is projected to the other fiscal years prohibiting the taxpayer and the Municipal Tax Authorities from reporting on it. This is an innovation of significant importance in the legal system, especially in the tax system, as it avoids the proliferation of lawsuits and the production of inconsistent decisions.

Keywords: *Res judicata*; Question referred for a preliminary ruling; Legal-tax relations of continued treatment; (In)validity of the tax incidence matrix rule; Impossibility of relitigation between the taxpayer and the Municipal Tax Authorities.

1. Introdução

Nos últimos anos, a discussão da coisa julgada em matéria tributária focou o impacto dos precedentes obrigatórios sobre os efeitos das decisões definitivas obtidas pelos contribuintes nas ações judiciais antiexacionais² de cunho preventivo (isto é, nas ações declaratórias negativas e nos mandados de segurança), diante das relações jurídicas de trato continuado³ (cujos eventos homogêneos se repetem no tempo).

A razão de ser de tal debate monotemático, iniciado em 1992, diz respeito a que inúmeros contribuintes obtiveram decisões judiciais transitadas em julgado eximindo-lhes do pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro, instituída pela Lei 7.689/1988 e, posteriormente, quando esgotado o prazo para o ajuizamento de ação rescisória por parte da União, o Supremo Tribunal Federal decidiu, incidentalmente, pela sua constitucionalidade (Recursos Extraordinários 138.284/CE⁴ e 146.733/SP⁵) e, mais

²As expressões ações/medidas judiciais “antiexacionais” foram utilizadas no contexto tributário por Paulo Cesar Conrado, significando aquelas de iniciativa do contribuinte quando este põe em xeque o dever de pagar o tributo (CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012). Por medidas judiciais antiexacionais, referimo-nos à exceção de pré-executividade.

³Ainda que tal terminologia tenha sido por nós criticada (Efeitos materiais da sentença declaratória. Perspectivas no tempo e ruptura destes efeitos em face de precedente do STF em sentido contrário. *In*: CONRADO, Paulo Cesar (coord.). *Processo tributário analítico*. São Paulo: Noeses, 2013. v. II, p. 63-82), dela nos utilizaremos tal como é conhecida na pragmática tributária. Sobre a distinção entre relações jurídicas instantâneas, permanente e sucessivas (estas últimas se caracterizam por sua homogeneidade e repetição, as quais denominamos relações jurídicas de trato continuado), ver: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2014. p. 99-105.

⁴Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ28.08.1992.

⁵Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ06.11.1992.

tarde, o mesmo ocorreu no controle principal e abstrato (ADI 15-2⁶).

Apenas em 2016, a Corte reconheceu a repercussão geral da matéria nos Recursos Extraordinários 949.297/CE⁷ e 955.227/BA⁸, cujos julgamentos ainda não finalizaram⁹, em que apreciará se e como as decisões proferidas no controle incidental e concreto e, ainda, no principal e abstrato de constitucionalidade afetam a coisa julgada em sentido contrário obtida pelos contribuintes¹⁰.

Muito embora tais *leading cases* refiram-se ao conflito instaurado com o Fisco Federal, a solução exarada atingirá semelhantes conflitos com os Fiscos integrantes das demais esferas da federação, como é o caso do Fisco Municipal paulista.

Isso porque imaginemos a seguinte situação: ao longo dos anos os contribuintes atacaram a exigibilidade do crédito tributário envolvendo inúmeras discussões a respeito do ISS, como, por exemplo, sobre sua incidência na produção de medicamentos manipulados sob encomenda (RE 605.552/RS – Tema 379). Em se tratando de evento que se repete no tempo e, a depender da solução que a Corte Suprema atribuir aos referidos *leading cases*, a decisão exarada no Tema 379 é apta a cessar prospectivamente os efeitos da coisa julgada eventualmente obtida pelos contribuintes do ISS em sentido diverso.

Todavia, como dito, esse é um dos possíveis “subtemas” a que o “macrotema” da coisa julgada em matéria tributária encontra-se inserido.

⁶Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ/31.08.2007.

⁷Rel. Min. Edson Fachin.

⁸Rel. Min. Roberto Barroso.

⁹Após os votos dos Ministros Relatores, e dos Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Rosa Weber, pediu vista de ambos os autos o Ministro Alexandre de Moraes.

¹⁰Registre-se que a PGFN editou, em 1994, o Parecer 1.277 e, em 2011, o Parecer 492, discorrendo sobre o tema.

Neste estudo, o objeto será a análise do instituto da coisa julgada sobre *questão prejudicial* prevista no § 1.º, I a III, e no § 2.º do art. 503 do Código de Processo Civil, e que *quase nenhuma atenção tem sido dedicada pelos que militam na área tributária*.

Com a edição do CPC/2015, que integrou tal instituto no sistema jurídico, os reflexos daí advindos no contencioso entre o contribuinte e o Fisco Municipal são evidentes, especialmente quanto à efetividade, racionalidade e coerência na prestação jurisdicional.

Tome-se o seguinte exemplo do que ocorria na pragmática antes do CPC/2015: o contribuinte demandava o Poder Judiciário para impugnar a exigibilidade do crédito tributário cobrado pelo Fisco Municipal, identificado no tempo, com fundamento na invalidade da regra-matriz de incidência tributária que o suportou e, posteriormente, o “mesmo crédito”, apenas alterados o exercício em que constituído e, naturalmente, a soma exigida, era objeto de nova cobrança, pautada por idêntica norma jurídica e pressuposto de fato concretamente realizado (por exemplo, cobrava-se o ISS sobre determinada atividade no exercício de 2018; posteriormente no exercício de 2019; e, assim, sucessivamente, cujo pressuposto fático era o de “realizar a atividade ‘X’ ensejadora da cobrança do ISS” em qualquer um dos períodos). Essa situação era (e ainda é) corriqueira diante das relações jurídico-tributárias de trato continuado.

Por conseguinte, o contribuinte acionava o Poder Judiciário, algumas vezes mais, para anular cada uma das exigências. E o fundamento das insurgências residia no mesmo argumento sobre a invalidade daquela norma jurídica tributária objeto da discussão e solução primitivas.

O incômodo gerado a partir desse contexto foi reforçado pela constatação da mudança de postura dos atores jurídicos em face do contencioso tributário, denunciadora da excessividade de litígios judicializados, de modo a propor um modelo cooperativo entre o Fisco e o contribuinte para sua resolução. Noutros termos, é de notar,

em nossos tempos, que a sociedade (ou ao menos parcela significativa dela) não mais deseja o assoberbamento do Poder Judiciário, cuja consequência imediata é a de produzir decisões ineficientes, irracionais e inconsistentes entre si.

O presente estudo tem por objetivo propor uma saída teórica para o problema prático supra-apontado (de sucessivos litígios a respeito de uma mesma relação jurídica substancial antes resolvida) – trazendo a debate o § 1.º, I a III, e o § 2.º do art. 503 do CPC para subsidiar a afirmativa de que a decisão judicial sobre a (in)validade da regra-matriz de incidência tributária consiste em *questão prejudicial*, passível de *transitar em julgado* e, assim, uma vez solucionada em definitivo, projeta-se para o futuro, independentemente se o pedido foi circunscrito à exigibilidade de um crédito tributário delimitado no tempo ou a uma soma fixada.

Verificou-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina brasileira do direito tributário, especialmente os estudos de Rubens Gomes de Sousa, datados dos anos 40 do século XX, solucionaram aquele problema a partir de conceitos jurídicos próprios do direito tributário, isto é, com apoio nos elementos componentes da regra-matriz de incidência (especialmente do critério material eleito) e nos pressupostos fáticos que acionam sua aplicação, e não com fundamento em regras de índole processual que, aliás, inexistiam no CPC/1939, tais como concebidas no CPC/2015.

Rubens Gomes de Sousa defendeu a tese de que, se a decisão judicial dissesse respeito aos elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica (tese radicada no critério material da hipótese de incidência, por exemplo, relativa ao comportamento de “prestar o serviço X”), não seria possível ao contribuinte postular outro provimento jurisdicional para afastar a nova exigibilidade do crédito tributário, ainda que o período e a soma a ele referidos fossem diversos. Em verdade, tal solução foi prescrita pelo Supremo Tribunal Federal por meio de decisão exarada desde 1941.

No entanto, a construção dogmática e jurisprudencial do passado se perdeu.

Uma das razões para tanto decorre das lições dos processualistas, ao ser editado o CPC/1973, pois tal diploma normativo herdou as lições restritivas de Chiovenda e de sua interpretação do direito romano¹¹ no sentido de que a coisa julgada apenas recobre a decisão do pedido, pelo qual se entrega o bem da vida às partes. Ainda, dispôs o Código que a solução da *questão prejudicial* dependia do ajuizamento de ação declaratória incidental para ser coberta pela coisa julgada. Por fim, o CPC/1973 prescreveu os elementos identificadores entre duas demandas para efeito de caracterizar a coisa julgada (partes, causa de pedir e pedido), de sorte que, variando um deles (na hipótese, o pedido), o contribuinte estaria autorizado, novamente, a provocar o Poder Judiciário porque diversa a “lide” outrora solucionada.

Em acréscimo, como os processualistas ensinaram que, a partir do CPC/1973, os “motivos” não transitam em julgado e por que o juiz deve resolver o litígio à luz do pedido,¹² o contribuinte, que obteve decisão judicial

¹¹Tais são as lições de Luiz Guilherme Marinoni: “Chiovenda lembra que a coisa julgada, em Roma, embora discutida em seu significado e limites, tinha *certamente* a característica *'d'essere inerente alla sola decisione di merito'*. Nessa linha, diz que os romanos concentraram toda a importância da coisa julgada na *'condanna o nell'assoluzione'* e nunca pensaram em baseá-la no raciocínio do juiz e muito menos a viram nos meros *'provvedimenti direttivi della lite'*. Ao referir-se ao pensamento de Chiovenda, Marinoni cita, entre outras obras, *Sulla cosa giudicata*. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2 (*Coisa julgada sobre questão*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2019. p. 145).

¹²Aduz José Carlos Barbosa Moreira: “Ademais, suscitaram-se em doutrina outros argumentos ponderáveis, no sentido de restringir ao *decisum* propriamente dito o campo de atuação da coisa julgada. Cumpre passar agora em revista os principais. O mais importante deles, em nosso entender, é o que decorre do tradicional princípio da correlação necessária entre o pedido e a decisão” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967. Tese (Concurso para a docência

transitada em julgado, com fundamento na (in)validade da regra-matriz de incidência, no tocante ao crédito tributário exigido em determinado espaço-tempo, ainda que se trate de relação jurídica continuativa, deveria litigar – tantas e quantas vezes – para atacar a exigibilidade do crédito tributário constituído relativamente a períodos diversos, independentemente da *identidade substancial da relação jurídica tributária resolvida em juízo* (e tão somente aritmeticamente distinta em cada uma das situações).

Portanto, apagou-se do cenário jurídico aquela solução operada no campo próprio do direito tributário, bem como se esqueceu da jurisprudência então produzida pelo Supremo Tribunal Federal.

Após a constatação de que a resposta para a questão residia nas lições dos doutrinadores e nas decisões do Supremo Tribunal Federal da década de 40 do século passado, o presente texto não poderia se limitar a simplesmente reeditá-las, haja vista a necessária formulação de uma teoria para objetar as afirmações de que a coisa julgada recai apenas sobre o dispositivo decisional (à luz do pedido), bem como que o reconhecimento da (in)validade da norma jurídica tributária constitui os “motivos” não acobertados pela coisa julgada, de maneira que a decisão prolatada em uma demanda contestando a exigibilidade do crédito tributário em um exercício, com fundamento na (in)validade da norma jurídica tributária, deveria produzir efeitos apenas para o período impugnado.

É o que se verificará nas próximas linhas.

2. A coisa julgada restrita à decisão sobre o pedido no CPC/1973

Entre nós, o processualista Barbosa Moreira se dedicou ao tema ao escrever em 1967 (e, portanto, sob a

livre de Direito Judiciário Civil) – Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1967, p. 89).

égide do CPC/1939) sua obra *Questões prejudiciais e coisa julgada*.¹³ Se posiciona de acordo com a concepção chiovendiana, no sentido de que a coisa julgada recai sobre a decisão da “lide” posta ao Poder Judiciário, e não sobre as questões de que se valeu o julgador para solucioná-la; trata-se da tese “restritiva” da coisa julgada. Chiovenda não negava que o juiz decidisse *questões prejudiciais* relativamente às quais a resolução do pedido estivesse subordinada, mas as compreendia como “meros raciocínios lógicos” apartados da entrega do “bem da vida” outorgado pelo Estado mediante o julgamento do pedido.

Barbosa Moreira alegava que o art. 287 e seu parágrafo único do CPC/1939, ao dispor que “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão” deveriam ser interpretados à luz daquele que lhe deu origem, ou seja, o art. 290 do Projeto italiano do Código Processual Civil de 1926. Salaria que o projeto se referia no singular a “questão decidida”, e não como fez o CPC/1939, que empregou tais termos no plural. Assim, para o autor, trata-se de um indício de que tal dispositivo não poderia se referir a questões outras que não a circunscrita pela própria “lide”, tendo ocorrido uma atecnia quando da tradução do italiano para o português.

Acrescenta que o legislador do CPC/1939 teria incorrido em outro equívoco, pois deixou de reproduzir a mesma prescrição tal como concebida no Projeto de Código italiano, pois dela retirou a expressão “lide” na segunda parte da frase “A sentença que decide totalmente ou parcialmente uma lide tem força de lei no limite *da lide* e da questão decidida”. Tal supressão, a seu ver, equivocada, deu margem a polêmicas desnecessárias, pois levou o exegeta a pressupor que a coisa julgada se conecta à “lide” e às “questões decididas” a par da “lide”. E, como se viu, para o autor, tanto

¹³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada* cit.

a “lide” quanto as “questões decididas”, para submeterem-se à coisa julgada, dependem da resolução do pedido.

Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni,¹⁴ essa solução afigura-se irracional na medida em que a definitividade da coisa julgada sobre determinada *questão* depende de o juiz apreciá-la mediante uma forma particular (ação declaratória incidental), sem se ater à substância daquela decisão, ou seja, a resolução sobre *questão prejudicial* não estaria apta a entregar o “bem da vida” ao litigante, mas, como objeto de declaratória incidental, assim poderia fazê-lo.

Por fim, Barbosa Moreira leciona que, não obstante aquele parágrafo único do art. 287 prescrever que “Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”, o exegeta deve interpretar a expressão “premissa necessária da conclusão” em harmonia com o *caput*, isto é, restritiva ao pedido formulado pelas partes, além de concebê-las como meros “raciocínios lógicos” do juiz insuscetíveis de ser acobertadas pela coisa julgada.

Dessa maneira, o CPC/1973 “corrigiu” os equívocos apontados por Barbosa Moreira inserindo uma série de dispositivos na tentativa de combater qualquer dúvida de que a coisa julgada incide sobre a decisão acerca da “lide” (limitada ao pedido), a menos que fosse proposta ação declaratória incidental, o que na prática, ao menos em matéria tributária, não era utilizada.

3. A coisa julgada em matéria tributária, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da década de 40 do século XX e a doutrina de Rubens Gomes de Sousa

Uma das decisões importantes sobre a questão ora tratada foi proferida pela Suprema Corte em 1944, por meio de Embargos opostos pela União em Agravo de Petição

¹⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão* cit., p. 148.

11.227¹⁵ em face da empresa-contribuinte Guardian Assurance.

No caso concreto, a União pretendia cobrar o Imposto sobre a Renda no exercício de 1936 sobre os juros auferidos pela empresa em razão de apólices emitidas antes de 1925.¹⁶ Em defesa, o contribuinte alegou que, no tocante ao executivo fiscal de 1934, obtivera êxito para afastar a exigibilidade do mesmo imposto, o que foi acatado pela Suprema Corte; por sua vez, a União alegou que “não pode haver coisa julgada em executivos fiscais, de vez que renovada anualmente a cobrança”, além do fato de que o Supremo Tribunal Federal havia decidido (em outros casos) pela incidência do imposto naquela situação, independentemente da data de emissão dos títulos.

Em prol da coisa julgada, o voto do Ministro Castro Nunes, invocando doutrinas italiana e francesa, sustenta a distinção entre o litígio tributário envolvendo aspectos relativos ao ato jurídico administrativo do lançamento (por exemplo, discussão sobre a soma exigida ou vícios nele contidos) ou concernentes ao fundamento da relação jurídica tributária (por exemplo, invalidade da lei),¹⁷ esta última a promover a identidade substancial entre dois litígios postos em confronto. Com apoio nas lições de Giovanni de Santis (*Diritto Finanziario*), o Ministro sustenta:

Outro não sucede, porém, quando de lançamento não se trate, senão do imposto em si mesmo. É o que adverte o mesmo expositor italiano quando acrescenta que, tratando-se embora de imposto continuativo e de obrigação

¹⁵ *Archivo Judiciário*, v. LXXIII, p. 172-182, 1945.

¹⁶ Conforme se pode inferir do relatório do voto, os juros sobre apólices passaram a ser tributados pelo Imposto sobre a Renda em 1925.

¹⁷ Marinoni assevera acerca dos fatos objeto de litígio que: “Porém, isso não quer dizer que os fatos possam ser rediscutidos para o efeito de negar a consequência jurídica que deles foi extraída na decisão que produziu coisa julgada” (*Coisa julgada sobre questão cit.*, p. 296).

periódica, o julgado proferido conserva a sua eficácia mesmo nos períodos sucessivos, nos casos em que a controvérsia não se tenha limitado à qualidade e quantidade da matéria imponible, mas tenha abrangido outros aspectos não suscetíveis de revisão (existência legal do imposto, tributabilidade). [...]

Mas se os tribunais estatuírem sobre o imposto em si mesmo, se o declararam indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação da lei ou de cláusula contratual, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou, em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelo meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança, que, admitida sob a razão especial de que a soma exigida é diversa, importaria praticamente em suprimir a garantia jurisdicional do contribuinte que teria tido, ganhando a demanda a que o arrastara o fisco, uma verdadeira vitória de Pyrrho.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos,¹⁸ rejeitou os Embargos em Agravo de Petição opostos pela União, acolhendo a tese de que o fundamento acerca da

¹⁸Observe-se, contudo, que os Embargos foram rejeitados por dois fundamentos: o de que não deveria incidir o Imposto sobre a Renda no caso concreto, bem como pelo acolhimento da defesa de coisa julgada (não tendo este último tema alcançado a maioria de votos). Acolheram a coisa julgada impeditiva de nova cobrança os Ministros Castro Nunes; Orozimbo Nonato e Laudo de Camargo. O Ministro Philadelpho Azevedo produz voto extenso rejeitando a defesa de coisa julgada, sobre um dos fundamentos da violação da igualdade com relação a outros contribuintes, acaso a Guardian Assurance não submetesse à tributação os juros nos períodos vindouros.

(in)validade da regra-matriz de incidência tributária, nas relações jurídicas de trato continuado, projeta-se para além do exercício/soma referidos no lançamento fiscal.

Acerca dos limites objetivos da coisa julgada em matéria tributária, foi Rubens Gomes de Sousa quem se pronunciou com profundidade no tema e, portanto, será utilizado como guia.

Em 1946, em seu artigo "A coisa julgada no direito tributário",¹⁹ comentou a decisão antes referida propondo, todavia, uma inversão nos conceitos identificadores entre duas demandas: para ele, (i) a *coisa* ou *objeto* reside no mesmo tributo posto em confronto, em sua *acepção substancial*, ou seja, mais precisamente no critério material da regra-matriz de incidência tributária, conotativo do comportamento do contribuinte a dar origem à aplicação da lei e, pois, ao nascimento do crédito tributário, independentemente do suporte físico legislativo (se lei "A" ou lei "B"); (ii) a *causa* ou *relação jurídica*, na "permanência dos elementos de fato" aptos a desencadear a obrigação tributária, o que compreendemos, segundo o autor, seja o fato de "prestar o serviço 'X'", e não aquela soma aritmeticamente calculada. Compreendem os fatos homogêneos e repetidos nas relações jurídicas de trato continuado.

Se, substancialmente, no cotejo entre duas demandas objetivando o ataque à exigibilidade dos créditos tributários, tratar-se do mesmo signo exterior de riqueza concretamente percebida ("prestar o serviço 'X'") e de idêntico critério material da hipótese de incidência, as demandas são as mesmas, não podendo ser repetidas; se assim for, deverão ter idêntica solução judicial.

Rubens Gomes de Sousa se manteve fiel ao binômio próprio do direito tributário, isto é, causa/objeto integrantes da obrigação tributária e que, dependendo do contorno da

¹⁹SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 5, 1946, p. 48-76.

solução a eles atribuída pelo Poder Judiciário, impediriam a relitigação em outra demanda, ainda que os pedidos formulados em ambas não fossem idênticos.

Por tal razão, diante de executivos fiscais apenas diversos quanto ao período/soma exigidos, o autor compreendia que a solução fundada na (in)validade da regra-matriz de incidência se referia a ambos os elementos, afirmando, no texto intitulado “Coisa julgada (Direito fiscal)”,²⁰ que “o aspecto da identidade de objeto é dificilmente dissociável, na prática, do de identidade de causa”.²¹

Aquele autor construiu o raciocínio de que, ao atacar judicialmente a exigibilidade do crédito tributário, com fundamento na (in)validade da regra que o suportou, a decisão judicial não promove a segregação da causa jurídica (assentada no pressuposto fático presuntivo de riqueza) de seu objeto (a norma jurídica tributária abstratamente considerada), pois tal seria tentar apartar o incidível. Se a sentença decretou a inexigibilidade do crédito tributário posta em xeque pelo contribuinte, resolvendo acerca daquela (in)validade, é porque paralisou a aplicação da regra-matriz de incidência relativamente à conduta do contribuinte, integrante do respectivo critério material, isto é, estancou-se o fenômeno da aplicação quanto ao pressuposto fático, decidiu-se sobre a normatividade e o factual em seu sentido substancial (e não meramente formal).

Vale transcrever trecho esclarecedor da posição do autor:²²

²⁰SOUSA, Rubens Gomes de. Coisa julgada (Direito fiscal). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 290-303, 1947, p. 291.

²¹Ressalte-se que, segundo João José Pinto Junior, os requisitos para a coisa julgada no direito romano (fls. 12, 13 e 14 do Digesto) são: “identidade de objeto, identidade de causa, identidade de pessoas”. PINTO JR., João José. Curso elementar de direito romano. Recife: Typographia Econômica, 1888. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/47474/pdf/47474.pdf>. Acesso em 2 fev. 2021., p. 45.

²²SOUSA, Rubens Gomes de. Coisa julgada (Direito fiscal) cit., p. 297.

Se por outro lado se considera que o reconhecimento da existência (ou inexistência) do débito tributário, objeto da ação judicial, terá de ser apurado através da valoração dos elementos de fato que constituem o substrato material do processo, analisados em confronto com a definição do fato gerador do tributo contida na própria lei tributária material que constitui o fundamento imediato ou causa processual do pedido, desde logo estará evidente a interpenetração dos elementos *causa* e *objeto* na relação processual tributária.

O Fisco Federal discordava desse entendimento com fundamento na “anualidade” e independência dos exercícios financeiros, além do fato de que a soma aritmética não era idêntica, de sorte que a decisão não poderia projetar-se para o futuro (além do pedido).

Gomes de Sousa²³ analisa com mais vagar o art. 287 e seu parágrafo único do CPC/1939, afastando expressamente a doutrina de Chiovenda quando afirma, em direção oposta ao autor italiano, que a decisão resolutive dos “elementos permanentes e imutáveis” da relação jurídica integra a coisa julgada, *verbis*:

Contra esta orientação se poderá objetar que aquilo que conceituamos como elementos permanentes da relação jurídica tributária são na realidade *questões prejudiciais*, no sentido que a doutrina processual moderna empresta a esta expressão, isto é, antecedentes lógicos da solução da questão principal, excluídos da coisa julgada como simples

²³SOUSA, Rubens Gomes de. Coisa julgada (Direito fiscal) cit., p. 298.

elementos do raciocínio do juiz, não integrados no dispositivo da sentença, a que servem meramente de premissas necessárias. A objeção é improcedente: quando a sentença, cuja coisa julgada se invoque, tenha decidido quanto a elementos permanentes, constantes e imutáveis da própria relação jurídica debatida, tais elementos não serão meras questões prejudiciais, ou simples antecedentes lógicos da decisão, mas constituirão a própria tese jurídica decidida, ou seja representarão o próprio objeto da decisão.

Muito embora nesse texto os sentidos atribuídos pelo autor sobre as expressões *questão prejudicial*, “motivos”, “raciocínios lógicos” se interpenetrem, ou seja, estariam fora do campo de incidência da coisa julgada, firmou entendimento de que, uma vez resolvida a (in)validade da norma jurídica de incidência à luz do pressuposto de fato concretizado, não seria possível a renovação da discussão à luz da “própria tese jurídica decidida, ou seja, representarão o próprio objeto da decisão”.

Como se vê, a construção teórica do autor não se deu em razão da existência de normas processuais, não obstante as conhecesse, mas do próprio fenômeno da incidência da regra-matriz tributária sobre o evento qualificado normativamente.

4. O *collateral estoppel* norte-americano e a coisa julgada sobre questão no direito brasileiro

Com base na obra de Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa julgada sobre questão*, encontramos os alicerces da tese aqui defendida, os quais são aplicados ao direito tributário.²⁴

²⁴Quando nos referimos ao direito tributário, consideramos, nas lições de Eurico Marcos Diniz de Santi, “o conjunto de proposições jurídicas que

Pautados pelo pensamento do autor, sustentamos que não faz mais sentido admitir que o conflito tributário possa ser renovado, na hipótese de o Poder Judiciário decidir apenas um específico período de aplicação da regra-matriz de incidência tributária, ou seja, um lançamento ou “autolancamento” demarcado no tempo, se decretou a (in)validade da regra-matriz de incidência tributária. Nessa hipótese, tem-se por solucionada uma *questão prejudicial* (§ 1.º, I a III, e § 2.º do art. 503 do CPC), cujos fundamentos impedem a rediscussão pelo mesmo contribuinte e pelo Fisco, ainda que em ação judicial diversa.

O autor, nessa obra, analisa a história do *estoppel*²⁵ britânico – de raízes germânicas –, depois plenamente desenvolvido nos Estados Unidos como *collateral estoppel*,²⁶ destacando que, desde as origens, a ideia subjacente à interdição de nova discussão sobre a questão resolvida pelo Poder Judiciário era a de boa-fé (as partes estavam comprometidas com o que afirmavam no processo).²⁷

correspondem, direta ou indiretamente, à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos” (Tributo e classificação das espécies no sistema tributário brasileiro. Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/5qd0/tributo-e-classificacao-das-especies-no-sistema-tributario-brasileiro-eurico-marcos-diniz-de-santi,2012>. Acesso em: 10 set. 2019). Quando aludimos ao processo judicial tributário, queremos nos referir às normas processuais civis e tributárias, em uma intersecção instrumental/material.

²⁵Marinoni adverte: “Alegou-se que o termo *estoppel* tem raiz na palavra francesa *estoupe*, que deu origem à palavra inglesa *stopped*, o que explicaria o motivo para se falar em *estoppel* para qualificar a situação do sujeito que tem sua boca fechada – com uma estopa de pano – para falar algo contrário àquilo que se falou” (*Coisa julgada sobre questão* cit., p. 206).

²⁶Marinoni sustenta que a expressão *collateral* agregada ao *estoppel* serve para “distinguir o efeito do julgamento da demanda (*claim* ou *cause of action*), que obsta a repropositura da ação, do efeito da decisão sobre a questão, que veda a relitigação da questão em *diferente* ação entre as mesmas partes” (*Coisa julgada sobre questão* cit., p. 52).

²⁷Heleno Taveira Torres, ao citar as lições de Menezes Cordeiro, adverte sobre a existência do *venire contra factum proprium*, o que fere a “boa-fé e a confiança legítima nas expectativas de condutas”, aplicando a ideia ao direito tributário, vinculante para a Administração Pública (O

Posteriormente, o *estoppel* atrelou-se não apenas ao comportamento das partes, mas à solução judicial dele derivada, de sorte a outorgar máxima eficiência às decisões jurisdicionais.

Longe de reproduzir acriticamente a dogmática e a jurisprudência do *common law* norte-americano, o autor delas se vale para interpretar a nova redação daqueles preceitos incorporados ao CPC/2015, cujo conteúdo é semelhante ao prescrito na Seção 27 do *Restatement (Second) of Judgments* (RSJ).²⁸ Além da semelhança, a normatividade advinda com o CPC/2015 – demandando estabilidade, uniformidade e coerência das decisões judiciais, cujos conceitos estão espalhados em todo o Código – reúne as condições necessárias para que o direito norte-americano, a partir de 2015, seja objeto de referência (comparatística) quanto ao tema, pois, como bem observa Marinoni,²⁹ “o *estoppel* estadunidense nasceu preocupado com a coerência do direito, a autoridade e a eficiência das Cortes e a economia, aspectos que sempre estiveram presentes no desenrolar do desenvolvimento do *collateral estoppel* nos Estados Unidos”.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que o objetivo fundado no *estoppel* britânico e, posteriormente, desenvolvido com vigor pelo direito norte-americano, como *collateral estoppel*, consistia em impedir a litigação desnecessária e repetida, além de calcar-se na boa-fé das

princípio da proteção da confiança legítima no direito administrativo e no direito tributário. *In*: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 75-95).

²⁸O *Restatement (Second) of Judgments* (RSJ) é um documento produzido pelo *American Institute of Law* a partir de 1980, sistematizando as regras a respeito do processo civil, a partir de considerações de juristas renomados na academia, na advocacia e especializados em litigância nas Cortes dos Estados Unidos, como leciona Marinoni. É um documento respeitado na aplicação do direito naquele país (*Coisa julgada sobre questão cit.*, p. 49-50).

²⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão cit.*, p. 48.

partes e na cooperatividade para a resolução do litígio. Tais diretrizes são imanentes à segurança jurídica estabelecida pelo CPC/2015 que, em inúmeros dispositivos, reiterou a coerência, a estabilidade, a proteção da confiança e a isonomia das decisões judiciais, a saber: arts. 926; 927, §§ 3.º e 4.º, e 976, II.

A Seção 27 trata das “questões preclusas”, prescrevendo diversas regras a respeito dos contornos da relitigação. O racional a sustentar a impossibilidade de relitigação traduz-se na seguinte frase: “cada parte tem direito apenas a um dia na Corte”.³⁰

Vejamos o quadro comparativo entre as redações da Seção 27 do RSJ e do mencionado dispositivo contido no CPC:

<i>Restatement (Second) of Judgments - Section 27 (RSJ)</i> ³¹	Art. 503, § 1.º e incisos I a III do CPC
Quando uma <i>questão de fato ou de direito (lei)</i> encontram-se sob <i>litígio</i> ...	[Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente <i>o mérito</i> tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.] § 1.º O disposto no <i>caput</i> aplica-se à resolução de questão prejudicial, ...
... e são determinadas por um <i>válido e final julgamento...</i>	... <i>decidida</i> expressa e incidentalmente no processo, se: II – a seu respeito tiver havido <i>contraditório prévio e</i>

³⁰“Each party deserves only one day in court” (tradução livre).

³¹ *Restatement of Judgments Section 27*: “When an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive and in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim”.

	efetivo , não se aplicando no caso de revelia;
... e essa determinação é essencial ao julgamento ...	I – dessa resolução depende o julgamento do mérito ;
... a determinação é conclusiva em uma ação subsequente entre as mesmas partes, seja em relação à idêntica ou diversa demanda. ³²	... tem força de lei (art. 503, <i>caput</i>) nos limites da questão prejudicial decidida (§1.º do art. 503). [Quer significar que não poderá ser objeto de rediscussão, seja em demanda idêntica, seja em demanda diversa.]

Figura 1

Retomemos. A proibição de relitigação – deduzida do *collateral estoppel* – impossibilita, inclusive, que a parte processual vencida na demanda tente a “sorte” em outro juízo, conduta abominável com relação à ética perante o direito. Por exemplo, suponhamos que, em sede de mandado de segurança repressivo – em que o contribuinte impugne a exigibilidade da obrigação tributária específica no tempo –, sobrevenha decisão declarando a compatibilidade da regramatrix de incidência tributária com a Constituição. Tal *mandamus*, além de referir-se a período específico, vincula a decisão prolatada à jurisdição da respectiva autoridade coatora.

Na hipótese de o contribuinte não pretender se insurgir quanto a aspectos concretos relativos à obrigação tributária – por exemplo, quantificação da obrigação tributária; formas de contabilização das receitas; enquadramento de determinada atividade a alguma tabela normativa de incidência tributária –, poderia valer-se da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária a

³²Tradução livre.

ser ajuizada no Distrito Federal³³ com o mesmo objeto daquele *mandamus*, isto é, tentar a “sorte” em outro juízo, pecando contra a racionalidade, a efetividade e a eficiência do poder estatal, o que configura conduta repelida pela ordem jurídica.

Uma vez circunscrito o conceito de *questão prejudicial* no contexto do direito norte-americano e sua conexão com o § 1.º, I a III, e § 2.º do art. 503 do CPC, vejamos sua aplicação em matéria tributária.

5. A coisa julgada sobre questão prejudicial no direito tributário

Interessam-nos o § 1.º, I a III, e o § 2.º do art. 503 do CPC. Vejamos sua redação e, posteriormente, sua aplicação ao direito tributário:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1.º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2.º A hipótese do § 1.º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que

³³Quando se trate de causa em que a União é parte.

impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Aduz Marinoni³⁴ que, ao abandonar a declaratória incidental como mecanismo de produção da coisa julgada sobre a *questão prejudicial*, o CPC/2015 reconfigurou o instituto a respeito da parcela da sentença transitada em julgado. Uma vez que o CPC definiu os requisitos em relação aos quais a *questão prejudicial* faz coisa julgada, desprendendo-a do julgamento do pedido, os efeitos pragmáticos que daí decorrem são incomensuráveis.

Passemos, então, à verificação de como a solução a respeito da (in)validade da regra-matriz de incidência tributária, proferida em ações/medidas judiciais antiexacionais, qualifica-se como *questão prejudicial*, passível de transitar em julgado, impedindo-se a relitigação indesejada.

5.1 A (in)validade decidida expressa e incidentemente nas ações/medidas judiciais antiexacionais (§ 1.º do art. 503 do CPC)

A redação do § 1.º do art. 503 do CPC prescreve que a *questão prejudicial* seja “expressamente decidida”, a significar a imprescindibilidade de sua individualização, para qualificar-se pela coisa julgada.³⁵ Tal necessidade também decorre do art. 489, § 1.º, I a VI, do CPC, impondo ao juiz o dever de fundamentação.

No direito tributário, a resolução acerca da (in)validade da regra-matriz de incidência tributária constará da fundamentação, ou seja, deve ficar claro que o juiz, para resolver o pedido de nulidade do crédito tributário, decidiu

³⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão* cit.

³⁵Nesse sentido, invoca-se novamente Marinoni: “A exigência de ‘decisão expressa’ nada mais é do que uma advertência de que, sem a individualização da decisão, não há lugar para a coisa julgada sobre a questão” (*Coisa julgada sobre questão* cit., p. 269).

tal argumento. Por exemplo, o contribuinte ataca a exigibilidade da cobrança do ICMS antecipado ao fundamento de que as mercadorias por ele comercializadas não se enquadram no regime de substituição tributária, razão pela qual o decreto que assim determinou é inválido, pois tal regime de pagamento deve ser expresso por lei ordinária.

Referido fundamento foi discutido e decidido na sentença. Ocorre que, se o juiz afirmar sem evidenciar o debate e a resolução do argumento de que a sujeição ao regime de substituição tributária demanda lei complementar, tal afirmação não poderá consistir em questão prejudicial, pois não houve decisão acerca dela.

O mesmo raciocínio vale para as decisões interlocutórias de mérito, como aquelas que decidem a exceção de pré-executividade, quando o juiz acolhe totalmente a impugnação do contribuinte insurgente quanto à parcela do débito executado, ou acolhe-a parcialmente, na hipótese de ataque à totalidade dos valores cobrados.

Por fim, o dispositivo impõe que a *questão prejudicial* seja objeto de decisão “incidentemente” nos autos em que definida a *questão principal*, e nem poderia ser diferente, na medida em que se aboliu a declaratória incidental para tal atribuir àquela a força da coisa julgada.

5.2 Da resolução da (in)validade depende o julgamento do mérito (§ 1.º, I, do art. 503 do CPC)

Marinoni³⁶ aduz que “[...] é a questão que necessariamente deve ser decidida para se julgar o pedido ou é a questão de que ‘depende o julgamento do mérito’ [...]”, ou seja, é aquela cuja resolução vincula diretamente a resposta ao litígio.

A depender de qual das ações/medidas judiciais antiexacionais foi ajuizada pelo contribuinte, objetiva-se a produção dos seguintes efeitos: obstar a aplicação da regra-

³⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão* cit., p. 234.

matriz de incidência tributária, ou seja, pré-excluir a juridicidade; anular ou extirpar a eficácia do lançamento ou do “autolancamento”; ou juridicizar o fato jurídico do indébito tributário. Para que o juiz decida pela paralisação da aplicação da regra, ou pela nulidade ou cessação da eficácia da obrigação tributária ou pela juridicização do indébito, resolvendo o litígio, é preciso *solucionar* acerca da (in)validade da regra-matriz de incidência tributária.

Registre-se que a (in)validade da norma jurídica tributária a subsidiar o ataque à exigibilidade do crédito tributário pelo contribuinte pode dar-se por afronta à Constituição Federal (inconstitucionalidade) ou à legislação (por exemplo, ao Código Tributário Nacional).

Não há problema algum de a decisão de (in)constitucionalidade de que depende a resolução do pedido caracterizar-se questão prejudicial. Trata-se de decisão incidental e concreta, em que todos os juízes e Tribunais detêm competência para fazê-lo, não se confundindo com a decisão de (in)constitucionalidade proferida no controle principal e abstrato pelo Supremo Tribunal Federal.

5.3 Contraditório efetivo e os limites à produção probatória e à cognição (§ 1.º, II e § 2.º do art. 503 do CPC)

O inciso II do § 1.º do art. 503 do CPC estabelece que a coisa julgada recairá sobre a *questão prejudicial se*, a respeito dela, “tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia”.

Marinoni³⁷ adverte que tal prescrição significa o dever de concessão à parte da *oportunidade de defesa*, no entanto não é necessário que se dê a produção de provas ou a elaboração das razões naquele sentido. Para o afastamento da coisa julgada sobre a *questão prejudicial*, basta a proibição ou impossibilidade de exercício do contraditório.

³⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão* cit., p. 252.

No entanto, ainda que a parte não apresente provas ou as razões de sua defesa, há que ressaltar que a *questão prejudicial* depende da configuração de seu estado de conflituosidade, o que, no direito tributário, ocorre de forma peculiar. Vejamos.

O conflito em matéria tributária dá-se em razão, de um lado, do dever de o Estado-Administração efetuar o lançamento, tão logo verifique a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, nos estritos termos do artigo 142 e parágrafo único do CTN. Por outro lado, o contribuinte, mediante a interposição de ações/medidas judiciais antiexacionais, coloca em dúvida a exigibilidade do crédito tributário, por compreender, por exemplo, que a regra-matriz de incidência padece de (in)validade.

Desse modo, o conflito de que depende a formação da *questão prejudicial* a respeito da norma jurídica tributária guarda relação com a presunção de sua validade e a vinculação do Estado-Administração ao lançamento, por um lado e, por outro, com o próprio comportamento do contribuinte em atacar a respectiva exigibilidade.

Ainda que o Fisco não rebata os argumentos que levaram o contribuinte a colocar em xeque a exigibilidade do crédito tributário, o conflito estará instalado somente pelo fato da propositura das ações/medidas judiciais antiexacionais impugnando a norma jurídica de incidência tributária, ato contrário à presunção de validade da lei e do ato jurídico administrativo do lançamento. Registre-se, todavia, que o argumento deve ser invocado pelo contribuinte - argumento posto -, e não meramente pressuposto.

Não obstante, o juiz deverá individualizar nas razões de decidir os fundamentos em relação aos quais o levou a solucionar o conflito, sob pena de não se formar a *questão prejudicial* impeditiva da relitigação em ação/medida judicial com pedido diverso.

Por sua vez, o § 2.º dispõe que não incide a coisa julgada sobre a *questão prejudicial* se "houver restrições

probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

5.4 A competência do juízo para decidir sobre a (in)validade da regra-matriz de incidência tributária como questão principal (§ 1.º, III, do art. 503 do CPC)

O inciso III do § 1.º do art. 503 determina que o juízo deva ter competência (quanto à matéria e à pessoa) para decidir a *questão prejudicial* como se principal fosse.

Leciona Marinoni³⁸ que, se “A” propõe uma ação perante a Justiça Federal em face de “B” e da União, mas surge uma *questão prejudicial* entre “A” e “B” a ser processada perante a Justiça Estadual, tem-se que o juízo primitivo não é competente para decidir a questão prejudicial. Desta forma, poderia até resolvê-la, mas sobre ela não recai a coisa julgada.

Noutros termos, quando o dispositivo em tela prescreve que o juízo deva ter competência para decidir a *questão prejudicial* como se principal fosse, tal significa apenas que não poderá ser incompetente de forma absoluta, nos termos estabelecidos pelo art. 62 do CPC: “A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes”.

Tal dispositivo poderia ser invocado no sentido de que a decisão sobre a (in)validade – *no viés da (in)constitucionalidade* – da regra-matriz de incidência tributária não é de competência dos juízes e Tribunais do País, mas do Supremo Tribunal Federal, em controle principal e abstrato, detentor da missão de conferir o último pronunciamento a respeito da interpretação constitucional.

Argumento desse jaez ignora a regra específica de que a competência para decidir a questão como se principal fosse tem a ver com aquela absoluta, vedando-se ao juiz absolutamente incompetente em razão da matéria, da

³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão* cit., p. 276.

pessoa ou da função se pronunciar sobre determinada questão com força de coisa julgada.

Dito isso, registre-se que o controle incidental e concreto de constitucionalidade outorga competência aos juízes e tribunais para aferir a (in)constitucionalidade da lei. Mais uma vez invocando a obra de Marinoni:³⁹ “Deixar de aplicar lei inconstitucional é inerente ao poder de decidir, ou seja, ao poder jurisdicional. Vale dizer que o controle incidental de constitucionalidade faz parte da tarefa cotidiana e rotineira dos juízes e tribunais”.

6. A coisa julgada sobre questão prejudicial e os efeitos decorrentes das tutelas proferidas na ação anulatória de débito fiscal e no mandado de segurança repressivo

A obrigação tributária corresponde ao vínculo (relação jurídica) estabelecido entre o Estado-Fisco (Fazendas Públicas) e o contribuinte, em que o primeiro (sujeito ativo) é titular do direito subjetivo de *exigir* a pretensão (crédito), ao passo que o segundo (sujeito passivo) tem o *dever* jurídico de entregar a soma de dinheiro que lhe é exigida (art. 3.º do CTN).

Carecendo ao sujeito ativo o direito de cobrar, não haverá a contraparte do dever do sujeito passivo de prestar, não se podendo falar em obrigação tributária (relação jurídica tributária).

A obrigação tributária, pois, localiza-se no *plano dos efeitos* da norma concreta e individual, a qual é posta na ordem jurídica pelo ato jurídico administrativo do lançamento por parte do Fisco (art. 142 e parágrafo único do CTN), ou pelo “autolançamento” cuja competência é atribuída ao contribuinte.

Vê-se que, de acordo com a eficácia da norma concreta e individual, é possível identificar três estágios pelos

³⁹MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 1076.

quais passa a obrigação tributária, levando-nos a classificá-la em:

(i) *obrigação tributária potencial*: a) quando a regra-matriz de incidência se encontra no sistema do direito positivo (válida), mas ainda não é dotada de vigência; ou b) quando o evento descrito no antecedente abstrato ainda não ocorreu no plano fenomênico;

(ii) *obrigação tributária efetiva*: surge com a ocorrência do evento na realidade e sua constituição pela linguagem do lançamento ou do “autolancamento”.⁴⁰ Nessa categoria inclui-se a situação em que o Fisco ou o contribuinte ainda não emitiram a linguagem competente de sua constituição, muito embora presentes as condições para tanto;⁴¹

(iii) *obrigação tributária exaurida*: ao entregar a soma em dinheiro (crédito) ao Fisco, o contribuinte cumpre o dever jurídico que lhe cabia, rompendo-se o vínculo obrigacional.

As situações discorridas em (i), (ii) e (iii) necessitam ser decodificadas pelo contribuinte quando propõe as ações/medidas judiciais antiexacionais.

Em (i), como não foi produzida norma concreta e individual no plano extraprocessual, o contribuinte deverá inaugurar na petição inicial a linguagem “fática”, qualificando juridicamente o evento da realidade (ainda que de ocorrência potencial), de acordo com os documentos juntados na petição inicial (demonstrativos de sua situação de futuro devedor).

Por sua vez, em (ii), o contribuinte deverá reescrever, no processo judicial, a norma jurídica concreta e individual

⁴⁰Há muito entendemos superada a teoria de que a incidência ocorre automática e infalivelmente, sem o respectivo ato de aplicação (linguagem). A respeito da teoria entendida por nós ultrapassada, ver lições de Rubens Gomes de Sousa, citado por M. Seabra Fagundes, de que o lançamento não cria a obrigação tributária, esta surge antes, com a incidência da norma jurídica (SOUSA, Rubens Gomes de *apud* FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 210).

⁴¹Nessa última situação, uma vez constituída pela linguagem competente, a norma concreta e individual abarcará os eventos realizados no passado, desde o instante em que poderia dar-se a respectiva aplicação.

extraprocessual, a qual contém a obrigação tributária. Ingressa na petição inicial aquela obrigação tributária com a qualificação normativa atribuída pelo contribuinte e, ainda, se houve contencioso administrativo prévio, o contribuinte deverá conformar a obrigação tributária ao decidido na esfera administrativa. Em (iii), o contribuinte procede de igual forma a (ii), com o acréscimo de juntar aos autos o documento comprobatório do pagamento (ou da compensação)⁴² extintivo do vínculo obrigacional com o Fisco.

Levando em conta os três estágios assumidos pela obrigação tributária, o contribuinte que pretende *colocar em xeque a exigibilidade do crédito tributário, com fundamento na invalidade da regra-matriz de incidência*, terá a seu dispor a possibilidade de ajuizar as ações/medidas judiciais antiexacionais, classificadas em: (i) ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária e mandado de segurança preventivo,⁴³ tendentes a declarar uma situação (juízo de certeza) relativa àquela obrigação tributária

⁴²O art. 156 do CTN dispõe sobre onze causas extintivas do crédito tributário (incisos I a XI), mas nos ateremos apenas às prescritas nos incisos I e II (pagamento e compensação). Quando aludimos à juntada do documento comprobatório do pagamento/compensação, não significa que o contribuinte necessite fazê-lo, de início, com relação a todos os comprovantes denotativos dessa situação, basta que demonstre seu interesse de agir à restituição.

⁴³Rigorosamente, a terminologia “ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária” não nos parece a mais adequada, pois toda “declaração” pressupõe a constituição de uma dada realidade. Defende Tarek Moysés Moussallem: “Com isso, permanecem fora do âmbito do direito os enunciados meramente declaratórios. Ato declaratório, sentença declaratória, lei interpretativa, declaração de vontade, declaração de inconstitucionalidade são ‘nomenclaturas’ que podem levar o interlocutor a entender pela possibilidade de existir no direito enunciados declaratórios em sentido ordinário. [...] Graves problemas exsurgem da questão mal posta: primeiro, porque, em rigor, não se há falar em ação declaratória, já que o juiz nada descreve” (*Revogação em matéria tributária*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 68-69).

potencial;⁴⁴ (ii) ação anulatória de débito fiscal, mandado de segurança repressivo, embargos à execução fiscal e, ainda, exceção de pré-executividade,⁴⁵ objetivando anular ou extirpar a eficácia⁴⁶ da obrigação tributária previamente constituída, isto é, invalidando o lançamento ou o “autolancamento”; e (iii) ação de repetição do indébito tributário ou declaratória/mandamental do direito à compensação, em que a obrigação tributária foi constituída e, também, extinta pelo pagamento, considerado, contudo, indevido, de sorte a ensejar o dever jurídico do Fisco de restituir o montante ao contribuinte.

6.1 A repressão-correção do conflito tributário: ação anulatória de débito fiscal e mandado de segurança repressivo

Celso Agrícola Barbi⁴⁷ afirma que “a ação anulatória de débito fiscal nada mais é do que uma ação declaratória

⁴⁴O contribuinte pleiteia a paralisação da aplicação da regra-matriz de incidência, de sorte a não ser formalizada a obrigação tributária. Todavia, na prática, implementadas as condições de aplicação, a norma jurídica incidirá (lançamento ou “autolancamento”), restando ao Poder Judiciário determinar, em sede de tutela provisória/liminar, que o Fisco não cobre o tributo.

⁴⁵Nesse item (ii) colocamos em “equiparação” a ação anulatória de débito fiscal, o mandado de segurança repressivo, os embargos à execução fiscal e a exceção de pré-executividade apenas para os efeitos deste trabalho, ou seja, por meio de tais instrumentos o contribuinte põe em dúvida seu dever de entregar os valores ao Fisco, com fundamento na invalidade da regra-matriz de incidência tributária (este é o núcleo comum que os permeia). Por certo, não ignoramos o fato de que os embargos à execução fiscal e a exceção de pré-executividade se alojam como meios de defesa a partir da ação exacional (execução fiscal) proposta pelo Fisco.

⁴⁶Registre-se que Rodrigo Dalla Pria adverte que tais ações/medidas promovem a extirpação/restricção da eficácia da norma concreta e individual constitutiva da obrigação tributária (acrescendo que, após o inadimplemento, a eficácia também contempla a declaração acerca da exequibilidade da obrigação tributária) (PRIA, Rodrigo Dalla. *Direito processual tributário*. São Paulo: Noeses, 2020, p. 220 e 527).

⁴⁷BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 106.

negativa, em que se pretende o reconhecimento da inexistência de uma dívida fiscal”. Logo, para o autor, não importa a denominação que se dê aos instrumentos, porque ambos visam ao “reconhecimento da inexistência de uma dívida fiscal”. Ressalta, ainda, que a nomenclatura “ação anulatória de débito fiscal” apareceu pela primeira vez na ordem jurídica no Decreto 58.400/1966,⁴⁸ pois, até então, ingressava-se com ação declaratória com a finalidade de anular o lançamento.

Tal passagem do autor nos serve apenas para reforçar o elemento declaratório inerente às sentenças proferidas nessa espécie de ação, ressaltando, porém, que atualmente a técnica desenvolvida pela doutrina processual tributária não nos permite identificar a ação declaratória negativa com a anulatória de débito fiscal, uma vez que derivadas de gêneros distintos (preventivo uma, repressivo, a outra, com as peculiaridades que lhes são inerentes).

A ação anulatória de débito fiscal⁴⁹ e o mandado de segurança repressivo tornam-se cabíveis quando o ciclo de posituação da regra-matriz de incidência tributária encontra-se em estágio mais avançado do que aquele em que inexistia a constituição do crédito tributário; demandam que o lançamento ou “autolancamento” tenham sido formalizados

⁴⁸Art. 430. Não serão incluídos nas sanções do artigo anterior os que provarem, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da data em que o ato se tornou irrecorrível na órbita administrativa, ter iniciado ação judicial contra a Fazenda Nacional para anulação ou reforma da cobrança fiscal, com o depósito da importância em litígio, em dinheiro ou em títulos da dívida pública federal, na repartição arrecadadora competente (Lei n. 154, art. 1.º).”

⁴⁹Segundo Walter Piva Rodrigues, a redação originária do art. 585, § 1.º, do CPC/1973 positivou a ação anulatória: “§ 1.º A propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança” (*Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. (Coleção de Processo Civil – Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, v. 1., p. 41). Ainda, a Lei 2.642/1955 estabelecia em seu art. 6.º, § 3.º, que a propositura de ação anulatória de débito fiscal (não acompanhada do depósito da integralidade do crédito tributário) não impedia o ajuizamento da execução fiscal, tampouco induzia a litispendência.

em linguagem competente, constituindo-se a respectiva obrigação tributária.

Na hipótese de o contribuinte impugnar o lançamento, ensejando o contencioso administrativo, a decisão exarada poderá interferir na constituição da obrigação tributária, reduzindo, por exemplo, seu montante, devendo, assim, ser trazida à petição inicial.

Em ambas as hipóteses, o evento, qualificado como fato jurídico tributário, deverá integrar a petição inicial, o que pressupõe a juntada ao processo dos documentos comprobatórios da realidade extraprocessual.

O ponto de identidade entre tais instrumentos reside em que o contribuinte ataca a exigibilidade do crédito tributário demarcado no tempo, pois fruto de norma concreta e individual do lançamento ou “autolancamento”, ao fundamento da invalidade da regra-matriz de incidência tributária. Não obstante a obrigação tributária esteja materializada, o contribuinte não impugnará aspectos concretos do lançamento (sustentando equívocos em sua quantificação, por exemplo).

Julgando-se procedente o pedido, os *fundamentos de decidir* resolverão aquela *questão prejudicial* acerca da invalidade da norma jurídica tributária implicadora da ilegitimidade do direito à constituição do crédito tributário, assim como ocorre nas demais espécies de ações/medidas antiexacionais. Se improcedente, a tutela jurisdicional apenas certificará a legitimidade do Estado-Fisco de constituir o crédito tributário.

No que concerne à eficácia técnico-processual, o conteúdo decisório determinará a anulação (ou extirpação da eficácia) daquele crédito tributário impugnado no específico período (crédito “X”). E, como a *eficácia normativa* não decorre do dispositivo (conteúdo), tem-se que não se atrela ao pedido.

Isso posto, a *eficácia normativa* decorrente das tutelas jurisdicionais anulatória e mandamental repressivas identifica-se com as de natureza declaratória e mandamental

preventiva, obstando a relitigação quanto à idêntica questão prejudicial debatida e decidida nas relações jurídicas de trato continuado.

7. O teste prático em face da multiplicidade de execuções fiscais ajuizadas pelo Município de São Paulo

Trazendo as ideias deste artigo para as relações jurídicas estabelecidas entre o contribuinte e o Fisco Municipal de São Paulo, o que se afirma a respeito da proibição da relitigação de uma questão prejudicial decidida no bojo das ações/medidas judiciais antiexacionais é plenamente aplicável àquelas de trato continuado verificável entre tais partes.

Imaginemos que o Fisco Municipal de São Paulo lavre sucessivos autos de infração para exigir crédito tributário referente a tributo municipal cujos fatos geradores se perpetuam no tempo (relações jurídicas de trato continuado), exigências essas colocadas em xeque pelo contribuinte sob o fundamento de que a regra-matriz de sua incidência é inválida.

Após o trâmite do contencioso administrativo e uma vez tornadas definitivas as exigências, os créditos tributários serão objeto de sucessivos executivos fiscais, à medida em que forem proferidas cada uma das decisões na esfera administrativa. Apresentadas as defesas pelo contribuinte, o Poder Judiciário será convocado para proferir tutela jurisdicional – em cada um dos processos – acolhendo (ou não) o ataque à exigibilidade perpetrado pelo contribuinte (correndo-se o risco de decisões inconsistentes).

Uma vez transitada em julgado a decisão judicial proferida em um dos processos, com o reconhecimento – enquanto questão prejudicial – da (in)validade da regra-matriz de incidência que suportou uma das exigências fiscais, o contribuinte e o Fisco Municipal paulista estão proibidos de relitigar a seu respeito. Assim, os juízes em todos os demais executivos fiscais em que ainda não houve decisões

definitivas deverão acatar a solução dada à questão prejudicial um dos casos, decidindo os demais no mesmo sentido.

Costuma-se questionar se esta situação seria factível na pragmática haja vista que, em geral, conflitos em matéria tributária são decididos pela Suprema Corte. Assim, os juízes estariam vinculados à força do precedente e não à questão prejudicial decidida em um dos processos (que deveria naturalmente aguardar uma decisão do Supremo Tribunal Federal).

Rebate-se tal questionamento em razão dos seguintes argumentos: pode ocorrer que demandas individuais transitem em julgado antes que o Supremo Tribunal Federal selecione a “tese”/caso concreto e decida-o no modelo de precedentes, de sorte a atribuir-lhe o efeito transcendente aos demais casos pendentes. Ademais, nem todas as “teses” judiciais tributárias são submetidas ao mecanismo de julgamento repetitivo (com repercussão geral reconhecida), de modo que não se formarão, necessariamente, a respeito delas, precedentes⁵⁰. Por fim, a fixação de precedente nada tem que ver com a coisa julgada sobre *questão prejudicial*, pois, enquanto aquele é aplicável a todos os casos pendentes, a parte contemplada com a coisa julgada pode dela se valer em seu favor em face da conduta de outrem, de modo a impedir a relitigação, como leciona Marinoni.⁵¹

8. Conclusões

Na década de 40 do século XX, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina tributária de Rubens

⁵⁰Não se discutirá nos limites deste trabalho qual o conceito de precedentes e se o art. 927 e incisos do CPC é exaustivo nesse sentido. Para tanto, remetemos o leitor à obra de Luiz Guilherme Marinoni Precedentes obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019 e de Daniel Mitidiero Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.

⁵¹*Coisa julgada sobre questão cit.*, p. 239.

Gomes de Sousa demonstravam que, muito embora não houvesse dispositivo semelhante ao § 1.º, I a III, e ao § 2.º do art. 503 do CPC, os “elementos permanentes e imutáveis” da relação jurídica tributária, isto é, a resolução acerca da (in)validade da regra-matriz de incidência tributária, eram acobertados pela coisa julgada, de modo a impedir a relitigação indesejada com base em idêntica questão, quando os períodos/soma relativos ao crédito tributário eram diversos.

No entanto, as lições extraídas de tal época se perderam, seja porque desenvolveu-se a noção restritiva de que a coisa julgada incidia apenas sobre a resolução do pedido durante a vigência do CPC/1939, teoria esta moldada pela interpretação atribuída ao direito romano por Chiovenda e difundida por José Carlos Barbosa Moreira, seja porque o CPC/1973 determinou expressamente que a *questão prejudicial* somente transitava em julgado quando interposta ação declaratória incidental.

Passados 42 anos da vigência da regra de que somente o julgamento do pedido era passível de transitar em julgado, o CPC/2015 prescreveu a coisa julgada sobre *questão prejudicial* de que depende a resolução do pedido, estabelecendo os requisitos para sua configuração.

O CPC/2015 reproduziu o *collateral estoppel* norteamericano disposto na Seção 27 do *Restatement (Second) of Judgments* (RSJ) como impeditivo da relitigação desnecessária, calcada na boa-fé das partes e na cooperatividade para a resolução do litígio, em linha, portanto, com as normas jurídicas trazidas pelo Código, que, em inúmeros enunciados, reiterou a coerência, a estabilidade, a proteção da confiança e a isonomia das decisões judiciais, a saber: arts. 926; 927, §§ 3.º e 4.º, e 976, II, além de outros deles decorrentes. Em suma, “cada parte tem direito a apenas um dia na Corte”.

Para que a *questão prejudicial* se torne imutável, é necessário que tenha sido solucionada expressamente pelo juiz, além de demandar o contraditório efetivo o que, no

âmbito tributário, basta que o contribuinte a invoque e o juiz a resolva.

A partir da coisa julgada sobre *questão prejudicial* prevista no § 1.º, I a III, e no § 2.º do art. 503 do CPC, constatou-se o enorme potencial de impacto no âmbito do processo judicial tributário, pois, nas diversas ações/medidas judiciais antiexacionais (ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, mandado de segurança preventivo, ação anulatória de débito fiscal, mandado de segurança repressivo, ação de repetição de indébito e mandamental do direito à compensação, exceção de pré-executividade e embargos à execução fiscal), quando o contribuinte ataca a exigibilidade do crédito tributário com fundamento na (in)validade da regra-matriz de incidência, ainda que se trate de impugnação quanto a um específico período/soma exigidos, a resolução acerca de tal questão se projeta prospectivamente, isto é, abrange os fatos geradores vindouros, de sorte a evitar que o contribuinte e o Fisco litiguem a seu respeito diante do mesmo critério material e pressuposto fático contidos na ação primitiva.

Muito embora se trate tutelas jurisdicionais diversas prolatadas nas ações/medidas judiciais antiexacionais, o ponto comum entre elas é o *efeito normativo* extraível da decisão da questão prejudicial sobre a qual recai a coisa julgada, impeditiva da relitigação, tese essa inteiramente aplicada quando o contribuinte e o Fisco Municipal litigam quanto às questões tributárias nas relações jurídicas de trato continuado.

Tal solução encontra-se em linha com a coerência, a estabilidade, a proteção da confiança e a isonomia, enfim, atributivas da segurança jurídica emanada pelo CPC/2015 pois, evitando-se a relitigação a respeito de idêntica *questão* solucionada, impede-se a proliferação de demandas judiciais e a produção de decisões inconsistentes entre si.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CONRADO, Paulo Cesar. **Processo tributário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo São Paulo: SaraivaJur, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. 1967. Tese (Concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil) – Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1967.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

PINTO JR., João José. **Curso elementar de direito romano**. Recife: Typographia Econômica, 1888. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/47474/pdf/47474.pdf>. Acesso em 2 fev. 2021.

PRIA, Rodrigo Dalla. **Direito processual tributário**. São Paulo: Noeses, 2020.

RODRIGUES, Walter Piva. **Coisa julgada tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Coleção de Processo Civil (Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, v. 1.).

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Tributo e classificação das espécies no sistema tributário brasileiro**. Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/5qd0/tributo-e-classificacao-das-especies-no-sistema-tributario-brasileiro-eurico-marcos-diniz-de-santi,2012>. Acesso em: 10 set. 2019.

SOUSA, Rubens Gomes de. **A coisa julgada no direito tributário**. Revista de Direito Administrativo, v. 5, 1946.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Coisa julgada (Direito fiscal) Coisa julgada (Direito fiscal)**. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, v. 9, 1947.

SOUZA, Fernanda Donnabella Camano. **Efeitos materiais da sentença declaratória. Perspectivas no tempo e ruptura destes efeitos em face de precedente do STF em sentido contrário**. *In*: CONRADO, Paulo Cesar (coord.). Processo tributário analítico. São Paulo: Noeses, 2013. v. II.

TORRES, Heleno Taveira. **O princípio da proteção da confiança legítima no direito administrativo e no direito tributário**. *In*: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2014.

O controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais

The abstract control of constitutionality of municipal laws

Antonio Carlos de Freitas Junior¹

RESUMO

O artigo pretende analisar o controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais e seus mecanismos, a partir da análise do texto da Constituição Federal, da doutrina jurídica e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para isso, partimos da análise do papel do município no federalismo brasileiro e na Constituição Federal. Em seguida, o artigo analisa o possível conflito de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face à Constituição Federal, à Constituição Estadual e à Lei Orgânica do Município. Com base no resultado desta análise, verificamos uma deficiência do ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis municipais na esfera federal e na esfera municipal. Como forma de solucionar esta deficiência, que ofende o princípio federalista da Constituição de 1988, além de permitir que uma grande quantidade de leis municipais não esteja sujeita a qualquer controle de constitucionalidade senão perante a Constituição Estadual, o artigo propõe o aumento dos mecanismos de controle de constitucionalidade de leis municipais, justificando as medidas propostas por sua

¹Advogado sócio fundador da A.C. Freitas Advogados, foi assessor parlamentar na Câmara dos Deputados e é formado em Direito pela Universidade de São Paulo (FDUSP), onde também cursou o Mestrado e atualmente cursa o Doutorado em Direito Constitucional. Além disso, possui Pós-Graduação em Direito Constitucional e Processo Constitucional pelo IDP/SP. É autor de obras jurídicas, palestrante e professor de Direito Constitucional. E-mail: acfreitas@acfreitas.com.br

contribuição significativa à simetria do federalismo da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Lei municipal. Município. Federalismo.

ABSTRACT

The article seeks to analyze the abstract constitutional control of municipal laws and its mechanisms, through the analysis of the Brazilian Constitution, legal doctrine and the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal. In order to do so, we stem from the analysis of the role of the municipality in Brazilian federalism and the Brazilian Constitution. From there, the article studies possible conflicts of constitutionality regarding municipal laws and normative acts in conflict with the Brazilian Constitution, the State Constitution and the municipal charter. Based on the results of this analysis, we verified a deficit in the Brazilian legal system regarding the constitutional control of municipal laws in the federal and municipal spheres. As a way of solving this deficit, which offends the federalist principle of the Constitution of 1988 as well as allowing for a great number of municipal laws to not be subject to any form of constitutional control that is not regarding its State Constitution, this article proposes the increase of mechanisms of constitutional control of municipal laws, justifying the proposed measures by its significant contribution to the symmetry of the federalism of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Constitutional control. Municipal Law. Municipality. Federalism.

Introdução

A Constituição de 1988 prevê, desde seu preâmbulo, a organização do Brasil enquanto República Federativa do Brasil, inserindo no texto constitucional forte proteção ao princípio federativo do país. Ao contrário do que ocorria em Constituições anteriores, a Constituição de 1988 elevou o Município a categoria de ente federativo.

O artigo pretende, a princípio, analisar as possibilidades de controle de constitucionalidade abstrato de leis e atos municipais promulgados pelos municípios, isto é, as leis municipais, a partir da análise das 3 possibilidades de conflito encontradas: O conflito com a Constituição Federal, o conflito com a Constituição Estadual do Estado-membro em que o município em questão está inserido e o conflito com a Lei Orgânica do Município.

Iniciamos apresentando o papel que o constituinte atribuiu ao município no ordenamento jurídico brasileiro para, em seguida, passar à análise do controle de constitucionalidade das leis por ele editadas.

A partir dos resultados dessa análise, o artigo propõe-se a compreender a consonância entre o papel do Município na Constituição de 1988 e os mecanismos possíveis de controle de constitucionalidade abstrato de suas leis, propondo o fortalecimento das prerrogativas do município a partir do aumento de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis municipais.

1. O Município no Federalismo Brasileiro

Em primeiro lugar, é necessário entender como se organiza o federalismo brasileiro e as competências da União, dos Estados e dos Municípios. A Constituição Federal, em seu artigo 18, estabelece que a organização da República Federativa do Brasil se dará pela “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

A inclusão do município enquanto ente federado representa uma inovação no federalismo brasileiro trazido com a Constituição de 1988, no contexto da consolidação do poder político em um território extenso e fragmentado, que após anos de regime militar, passa a se organizar de forma a preservar os princípios do republicanismo e do federalismo. Nesse sentido, Paulo Bonavides aponta a autonomia municipal decorrente de tal inclusão:

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988 (BONAVIDES, p. 347, 2011).

Das lições de Paulo Bonavides sobre a autonomia municipal, podemos extrair que a autonomia municipal enquanto axioma político surge na França a partir do século XVIII, como uma evolução do conceito de *pouvoir municipal*. O conceito foi mais profundamente desenvolvido por autores e legisladores austríacos. Entre eles, destaca-se Georg Jellinek, que conceituou o poder municipal como uma espécie de quarto poder do Estado, que não pertence completamente ao Estado.

Transladado ao cenário brasileiro, o conceito de autonomia municipal, assim como ocorria na França do século XVIII e XIX, é considerado pré-estatal, constituindo base de legitimação para a outorga da Carta Imperial do Primeiro Reinado (1824), considerada a primeira Constituição brasileira. A Constituição de 1988, portanto, embora não reconheça explicitamente o caráter pré-estatal do município e do *pouvoir municipal*, o faz implicitamente, além de reconhecê-lo, já em seu Artigo 1º, como elemento fundamental do Estado Brasileiro, ao estabelecer que "A

República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

A autonomia municipal está presente também no cerne do Art. 35 da Constituição Federal, que proíbe a intervenção dos Estados e da União nos municípios, salvo nas hipóteses previstas na própria Constituição. Entre eles, é de especial relevância o previsto no inciso IV do referido artigo, que prevê a intervenção quando “o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial”.

Quanto à autonomia municipal e a autonomia dos entes federados, princípio seminal ao conceito de federação, a autora e juíza federal Gabriella Serafin aponta que:

A autonomia das entidades federadas configura-se pela garantia de auto-organização, de autogoverno e de autoadministração de todas elas. Para que tanto se dê é que se assegura a existência do denominado poder constituinte decorrente, pelo qual se elaboram as Constituições das entidades federadas (SERAFIN, 2014).

Em consonância, portanto, ao princípio da autonomia dos entes federados, é o Art. 25, que prevê que “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição” (BRASIL, 1988). No entanto, no que diz respeito aos Municípios, que deveriam ser dotados das mesmas prerrogativas, tem-se apenas a previsão de sua auto-organização por meio de lei orgânica (Art. 29). Embora autores como Leonardo Scofano Damasceno Peixoto e Daury Fabríz afirmem que a lei orgânica municipal equivale à Constituição Municipal, outros, como José Afonso da Silva, negam o caráter de ente federado do município. Entre os

motivos apontados para a controvérsia, nas palavras de Peixoto:

Importante registrar que os Municípios não possuem Poder Judiciário desde 1º de outubro de 1828. No bicameralismo brasileiro (representantes do povo na Câmara dos Deputados e representantes dos Estados e do Distrito Federal no Senado Federal), os Municípios brasileiros não possuem representação no Senado. Além disso, na competência originária do Supremo Tribunal Federal para resolver conflitos entre os entes federativos, os Municípios não estão incluídos em um dos pólos da lide. Tais fatos caracterizam fundamentos de juristas brasileiros que negam ao Município o *status* de ente federado (PEIXOTO, 2010).

Igualmente, Serafin aponta a peculiaridade brasileira da inclusão do Município enquanto ente federado e sua deficiência de prerrogativas em relação aos Estados e à União:

Enfim, vale referir que a federação brasileira, nos termos consagrados pela Constituinte da Carta de 1988, consagrou uma particularidade e uma anomalia que a diferenciam do conceito lógico-jurídico de federação. A particularidade é – sem dúvida – a inclusão do Município na Federação. E a anomalia reside no fato de o Município não ter representatividade no Poder Central, uma vez que o sistema é bicameral, sendo a Câmara dos Deputados formada por representantes do povo, eleitos proporcionalmente em cada Estado, e o Senado Federal, por representantes dos Estados e do Distrito Federal (SERAFIN, 2014).

Além disso, os Municípios são também dotados da capacidade de promulgar e editar leis municipais. No entanto, é de competência comum da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas (Art. 23). Dessa forma, torna-se necessário que analisemos como se dá esta guarda da Constituição, especialmente no que diz respeito às leis municipais.

2. O Controle de Constitucionalidade abstrato de Lei Municipal

A Constituição Federal é rígida e, portanto, lei fundamental e suprema do Brasil. Desta supremacia, decorre a exigência de que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Qualquer incompatibilidade, portanto, deve ser expurgada do ordenamento jurídico, pois lhe confere incoerência e desarmonia, isto é, revela fragilidade na fundamentação unitária que caracteriza o sistema normativo como um ordenamento. Como defesa dessa soberania, surge técnica especial, prevista pela Constituição, a que a teoria do Direito Constitucional denomina controle de constitucionalidade das leis (SILVA, 2014, p. 48). Este controle pode ser de natureza política, jurisdicional ou misto. Adota-se, no Brasil, o sistema majoritariamente jurisdicional.

Além disso, o controle de constitucionalidade distingue-se também quanto ao momento em que é realizado, podendo ser caracterizado como controle preventivo ou controle repressivo. O controle de constitucionalidade preventivo das leis é realizado durante o processo de elaboração da norma, isto é, antes que ela se torne lei. Em geral, em se tratando de leis e atos normativos municipais, este controle é realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça nas Câmaras Municipais (Poder Legislativo), além de estar sujeita ao veto pelo Executivo, geralmente na figura do prefeito. Assim, em se tratando de uma lei que tenha sido promulgada e apresente inconstitucionalidade, esta deveria ter sido expurgada antes

de sequer se tornar lei, e, portanto, estar sujeita ao controle de constitucionalidade repressivo.

O controle de constitucionalidade repressivo se divide em controle concreto e controle abstrato. No controle concreto, o que se busca proteger são direitos cujo exercício se encontra limitado por uma norma específica, tendo eficácia *inter partes* e apenas sendo utilizado em casos concretos. Este controle pode ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, que pode optar por afastar a aplicação de uma determinada norma em um caso específico por entendê-la inconstitucional, sem que a norma por si só seja declarada incompatível com a Constituição.

O controle incidental de constitucionalidade pode ser realizado por qualquer órgão, de forma incidental, por iniciativa das partes. José Afonso da Silva, sobre o controle por via incidental, nos ensina que “De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo” (SILVA, 2014, p. 54).

No controle incidental de constitucionalidade, no entanto, a questão da constitucionalidade da norma é analisada somente em caráter secundário, como questão prejudicial e não principal, de forma que, mesmo reconhecendo sua inconstitucionalidade, a norma, em tese, continua aplicável.

O controle abstrato, no entanto, não depende de um caso concreto para sua realização, uma vez que objetiva declarar uma norma incompatível com a ordem constitucional. Desta forma, o que se julga não é uma situação fática específica, e sim a norma em si, tendo a declaração de inconstitucionalidade eficácia *erga omnes*, atingindo não apenas as partes envolvidas em um caso concreto, mas todos os indivíduos sujeitos a aplicação da norma analisada.

Não obstante o controle preventivo de constitucionalidade da norma ter sido falho tanto em sua realização pelo Executivo como pelo Legislativo municipais, o

controle repressivo de constitucionalidade deve ser realizado sobre a norma de forma que a lesão nela contida atinja o menor número possível de indivíduos, isto é, que lese a menor quantidade possível de direitos. Por essa razão, o controle de constitucionalidade abstrato se sobrepõe ao controle concreto, pois ele antecede a lesão (que, no controle incidental, é requisito para suscitar a questão constitucional). Além disso, ao contrário do que ocorre com o controle concreto de constitucionalidade, o controle abstrato é dotado de eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, isto é, de abrangência geral tanto no plano temporal como em relação aos indivíduos por ela afetados.

É com base na maior eficácia da declaração de inconstitucionalidade e na lesividade da norma ofensiva que é evitada no controle abstrato de constitucionalidade que nos debruçamos mais profundamente sobre sua análise em relação às demais formas de controle. No que concerne ao controle de constitucionalidade abstrato repressivo, no âmbito federal, este controle cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (STF). No âmbito estadual, em relação à Constituição Estadual, a competência deste controle é dos tribunais estaduais. No que diz respeito às leis municipais, no entanto, sua constitucionalidade deve ser dividida em 3 casos possíveis, que serão analisados a seguir.

2.1 Conflito entre Lei Municipal e Constituição Federal

Existe grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto ao controle de constitucionalidade de lei municipal em conflito com a Constituição Federal.

A princípio, a controvérsia advém do próprio texto constitucional. A Constituição Federal, ao estabelecer as competências do Supremo Tribunal Federal no artigo 102, não inclui as leis municipais em seu objeto, prevendo apenas o cabimento de “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

No entanto, importantes doutrinadores apontam que a falta de previsão de controle de constitucionalidade abstrato de lei municipal é prejudicial ao ordenamento.

Nesse sentido, a decisão do Min. Celso de Mello na ADI 2.172/RS em 2000 é clara ao afirmar, baseado em entendimento jurisprudencial e doutrinário, que:

O sistema normativo brasileiro não permite o controle normativo abstrato de leis municipais, quando contestadas em face da Constituição Federal. A fiscalização da constitucionalidade de leis e atos municipais, nos casos em que estes venham a ser questionados em face da Carta da República, somente se legitima em sede de controle incidental (método difuso). Desse modo, inexistente no ordenamento positivo brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, quando impugnada *in abstracto* em face da Constituição Federal (STF, ADI 2.172, 2000).

Igualmente, na ADI 2.164/SP, foi dado o entendimento da incompatibilidade do controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal com o ordenamento jurídico brasileiro. Com base neste entendimento da falta de competência do STF para realizar o controle de constitucionalidade abstrato das leis municipais, alguns Estados atribuíram, em suas Constituições Estaduais, tal competência aos Tribunais de Justiça Estaduais, por entenderem que as leis municipais teriam hierarquia *infra estadual* no ordenamento. Quanto à questão, o autor e ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso afirma que “não se admite a atribuição ao Tribunal de Justiça dos Estados de competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de lei federal em face da

Constituição Estadual, tampouco de lei municipal em face da Constituição Federal”² (Barroso, 2016, p.196).

Nesse sentido, por exemplo, pode-se citar o julgamento da ADI 347/SP, que retirou da Constituição do Estado de São Paulo a atribuição de competência ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de “processar ou julgar originariamente” a “representação de inconstitucionalidade de lei ou atos normativo municipal, contestado em face da Constituição Federal”. No relatório, o Ministro Joaquim Barbosa expõe o entendimento da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, que afirma que “O silêncio da Constituição em relação ao controle de constitucionalidade de atos municipais em face da Constituição não impediria que os tribunais o fizessem”. Como precedente na justificativa de seu voto, o Ministro cita a ADI 409/RS, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, cujo relatório na ação limita-se a reproduzir trechos da exposição feita pelo Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, ao que destacamos o seguinte trecho:

9. A inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo municipal, suscitada em face de dispositivos da Constituição Federal, deve ser arguida mediante o controle difuso de constitucionalidade, ou seja, *incidenter tantum*, com eficácia *inter partes*, e não como disciplinado pela Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Admitir a possibilidade de o Tribunal de Justiça estadual julgar estes atos municipais, mediante ação direta de inconstitucionalidade, em face de dispositivos da Constituição Federal é usurpar a competência constitucionalmente

² STF, RTJ, 135:12, 1991, ADInMC 347-SP, rel. Min. Moreira Alvez; RTJ, 134:1066, 1990; ADInMC 409- RS, rel. Min. Celso de Mello; RDA, 184:208, 1991, ADIn508-MG, rel. Min. Sydney Sanches.

atribuída ao Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 409, 1990).

O entendimento do STF, portanto, é pacífico no sentido de não admitir que os Tribunais de Justiça estaduais possam julgar a constitucionalidade de leis municipais frente à Constituição Federal, por entenderem que isto retira do STF seu papel de guardião da Constituição, vinculando o tribunal superior às decisões dos tribunais estaduais, hierarquicamente inferiores a ele.

Mais recentemente, em relação ao cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em lei municipal que apresente afronta à Constituição Federal, o STF negou seguimento à ADI 4651/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, por entender, na decisão, que:

A ação direta de inconstitucionalidade não é cabível para impugnar lei municipal. O art. 102, I, "a", da Constituição, é bastante claro no sentido de que apenas os atos normativos federais ou estaduais poderão ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O ato normativo municipal apenas poderia ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9.882/99) (STF, 2011).

Apesar de afirmar que o STF reconhece a fungibilidade dos mecanismos da ADI e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o ministro optou por rejeitar a ação proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pois:

Os dispositivos constitucionais tidos como violados (artigos 37, 22, II, 182 e 183) não constituem preceitos fundamentais que possam constar como

parâmetro de controle na arguição de descumprimento de preceito fundamental (STF, 2011).

O artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, base da decisão do STF na controvérsia, é de fato claro ao estabelecer o cabimento de ADI apenas em leis e atos normativos federais e estaduais, nos seguintes termos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (BRASIL, 1988).

Dessa forma, não é possível afirmar que a decisão tomada pelo STF foi inadequada quanto ao cabimento de ADI em lei municipal que contrarie a Constituição Federal.

No entanto, não cabendo os mecanismos da ADI e da ADC, o único mecanismo de controle de constitucionalidade de leis municipais frente à Constituição Federal seria a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nesse sentido, em seu voto na ADI 347/SP, o Ministro Joaquim Barbosa reconhece que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental oferece alternativa de controle concentrado para a aferição de constitucionalidade das leis municipais”.

2.2 A ADPF como mecanismo de Controle de Constitucionalidade de Lei Municipal em face da CRFB/1988

Torna-se necessário, portanto, o entendimento mais completo do mecanismo da ADPF, em especial no que diz respeito à seu cabimento. A Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental foi instituída pela Constituição Federal no seu art. 102, §1º e regulamentada pela Lei 9.882/1999, que, em seu Artigo 1º, afirma que a ADPF “será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” (BRASIL, 1999).

Além disso, em resultado de longa discussão na ADI 2.231, de 2000, foi inserido no Art. 1º da Lei 9.882 o parágrafo único e o inciso “I”, que estabelecem o cabimento da ADPF também “I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Por meio desta previsão, portanto, temos a única hipótese de controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal em face à Constituição Federal.

Em obra doutrinária, Gilmar Ferreira Mendes³ indica os objetos cabíveis de controle de constitucionalidade por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental como: (i) direito pré-constitucional; (ii) lei pré-constitucional e alteração de regra constitucional de competência; (iii) direito municipal; (iv) constitucionalidade de direito estadual e municipal; (v) interpretação judicial; (vi) decisão judicial; (vii) norma revogada; (viii) medida provisória rejeitada ou exaurida; e (viii) ato regulamentar.

Embora o autor reconheça a constitucionalidade de direito municipal como um dos objetos da ADPF, à época da promulgação da Lei 9.882/1999, houve controvérsia sobre a intenção do legislador constituinte de restringir a admissibilidade do controle de constitucionalidade abstrato de leis municipais de forma geral ou se o fez apenas no que diz respeito ao mecanismo da ADI e da ADC. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior detêm o entendimento de que a omissão dos constituintes no Art. 102, §1º, alínea “a” em nada afeta a legitimidade da ADPF em leis municipais contestadas

³ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Comentários à Lei nº 9.882, de 3-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2007, págs 56 a 80,

em face da Constituição Federal, com os seguintes argumentos:

Primeiro, porque a Constituição em nenhum momento proibiu, explícita ou implicitamente, o controle abstrato de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, de leis ou atos normativos municipais contestados em face da Constituição federal, excluindo estes atos tão-só do raio de atuação da ação direta de inconstitucionalidade, que, como cediço, é apenas uma das variadas ações especiais do controle concentrado de constitucionalidade. Segundo, porque o art. 102, §1º da Constituição Federal, contemplou a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, confiando ao legislador a tarefa de estabelecer a forma como essa apreciação se dará e, decerto, a partir de que ato esse descumprimento a preceito fundamental se verificará (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 433).

O mesmo Dirley da Cunha Júnior apresenta também o entendimento de que a previsão normativa da ADPF é na verdade a previsão de dois ritos distintos, a dizer:

(a) um processo de natureza objetiva, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de qualquer controvérsia, para a defesa exclusivamente objetiva dos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público e (b) um processo de natureza subjetivo

objetivo, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, em razão de uma controvérsia constitucional relevante, em discussão perante qualquer juízo ou tribunal, sobre a aplicação de lei ou ato do poder público questionado em face de algum preceito fundamental (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 416).

Deste modo, a admissibilidade da ADPF de lei municipal poderia se dar tanto por (a) descumprimento de preceito fundamental, que Dirley da Cunha Júnior chama de “autônoma”; ou (b) existência de controvérsia constitucional com fundamento relevante, que o autor chama de “incidental”. A arguição autônoma representaria, para o autor, controle abstrato principal, enquanto a arguição incidental seria uma ocasião de controle abstrato incidental, uma vez que, ainda que exista controvérsia constitucional relevante, o foco principal da arguição ainda é a proteção de um interesse público ou de direito subjetivo de uma das partes (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 417).

Desprendemos desta distinção do autor, portanto, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental “incidental” seria uma forma mista de controle de constitucionalidade, dotada de eficácia *inter partes*, por decorrer de caso concreto avaliado em processo em juízo ou tribunal inferior, mas também de eficácia *erga omnes*, dado o apartamento da questão constitucional apreciada pelo STF, *in abstracto*, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ADPF, não decidir com base nos fatos do caso concreto, e sim apenas na controvérsia constitucional.

O problema fundamental da ADPF enquanto mecanismo de controle de constitucionalidade de lei municipal, portanto, não advém da fonte da norma apreciada, isto é, de seu caráter municipal, e sim de sua competência material limitada. Como vimos anteriormente na ADI 4651, a Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental requer a identificação de uma lesão a um princípio constitucional.

Nesse sentido, a Lei 9.882/1999 é clara ao estabelecer, como requisito de admissibilidade da ADPF, a “indicação do preceito fundamental que se considera violado” (Art. 3º, inciso I), além da “comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado” (Art. 3º, inciso IV), se for o caso.

No entanto, nem toda norma constitucional (e, portanto, passível de conflito com normas infraconstitucionais) é um princípio ou preceito fundamental.

O princípio é o mandamento nuclear de um sistema, ordenações que irradiam valores a serem adotados pelo ordenamento jurídico em sua totalidade. Os preceitos fundamentais são aqueles que ordenam ou sintetizam as normas constitucionais, positivando os valores mais importante à Constituição, e, na distinção de José Afonso da Silva, se dividem majoritariamente entre princípios relativos à estrutura do Estado e sua organização; princípios relativos ao sistema de governo; princípios relativos à organização da sociedade; princípios relativos ao regime político; princípios relativos à prestação política do Estado e os princípios relativos à comunidade internacional (SILVA, 2014, p. 96). Além destes, destacamos também àqueles constantes nos Títulos I e II da Constituição Federal, isto é, “Dos Princípios Fundamentais” e “Dos direitos e garantias fundamentais”. Decorre, portanto, que no ordenamento jurídico positivado brasileiro atual, todas as leis ou atos normativos municipais cuja suposta inconstitucionalidade não decorra de lesão a preceito fundamental estariam fora do escopo do controle de constitucionalidade direto.

Além disso, decorre do Art. 4º, §1º da Lei 9.882 o caráter subsidiário da ADPF, isto é, que a ADPF não é admissível “quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”. Para o cabimento de controle incidental de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais que não apresentem lesão a preceito fundamental, então,

seria necessário primeiramente exaurir a análise de sua constitucionalidade em face da Constituição Estadual. Por conseguinte, é gerada uma situação onde uma possível inconstitucionalidade de lei municipal poderia, como aponta Nunes, resultar numa situação onde nenhum controle de constitucionalidade abstrato possa ter por objeto determinada lei ou ato normativo municipal, uma vez que:

esses conflitos podem suceder do confronto entre a lei e a Constituição Federal sem desacatar à Constituição Estadual, e nesses casos deverão esperar que alguém venha expor a incompatibilidade no decorrer de um processo singular, o que se pode ocasionar, ainda, a existência de decisões conflitantes que operem umas no sentido da constitucionalidade, outras no da inconstitucionalidade do mesmo preceito normativo, o que, substancialmente, fere o princípio constitucional da segurança das relações jurídicas (NUNES, p. 15).

2.3 Conflito entre Lei Municipal e Constituição Estadual

No que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade da lei municipal em relação à Constituição Estadual, a competência é dos Tribunais de Justiça dos Estados, desde que o mecanismo de controle de constitucionalidade que se pretende seja estabelecido na respectiva Constituição Estadual. Nesse sentido, existe previsão constitucional expressa no Art. 125, §2º da Constituição Federal, que afirma: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão” (BRASIL, 1988).

Embora o constituinte tenha utilizado a expressão “representação de inconstitucionalidade”, utilizada até a Constituição Federal de 1967 também no mecanismo de controle de constitucionalidade no âmbito federal, é pacificado na doutrina e na prática jurídica que o artigo trata da ação direta de inconstitucionalidade, prevista, por este nome, nas constituições do Estado de SP (Art. 90) e do Piauí (Art. 123, III, “a”), por exemplo. O texto constitucional, no entanto, nada dispõe sobre a possibilidade de os Estados-membros instituírem os demais mecanismos de ação direta de controle de constitucionalidade abstrato, isto é, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Quanto à ADC, há consenso na doutrina sobre sua admissibilidade, não apenas por razões lógico-teóricas, mas como decorrência do próprio Art. 125, §2º da Constituição Federal, uma vez que a ADI possui caráter dúplice ou ambivalente. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em seu texto intitulado “A ADC no âmbito Estadual”, relembra o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no despacho da Reclamação nº 167, onde afirmava que “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de constitucionalidade” (MENDES, 2000, p.6). Vale lembrar que a ADC foi instituída pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que alterou a redação do Art. 102, §1º, “a”, incluindo, no artigo que previa a competência do STF para julgar ações diretas de inconstitucionalidade “a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. Ao fazê-lo, no entanto, o constituinte, apesar de prever a abrangência da ADI também para leis estaduais, não o fez para o mecanismo da ADC, limitando seu uso apenas para leis federais, de modo que não é possível sua utilização para declaração de inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual frente à Constituição Federal.

No âmbito estadual, no entanto, a ADC é um mecanismo adequado de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais (e estaduais) frente à Constituição do Estado. Nesse sentido, Gilmar Mendes afirma sobre a ADC que “aquela nada mais é do que uma ADIn com sinal trocado”, de forma que, sendo tanto a ADC como a ADI ambivalentes, “parece legítimo concluir que, independentemente de qualquer autorização expressa do legislador constituinte federal, estão os estados-membros legitimados a instituir a ação declaratória de constitucionalidade”, uma vez que, na autorização do Art. 125, §2º para a propositura de ADI nos Estados-membros, está implícita também possibilidade de criação do mecanismo de ADC (MENDES, 2000, p.7). Os Estados do Piauí (Art.123, III, “a”) e de Goiás (Art. 60), por exemplo, preveem a propositura de ADC frente a seus Tribunais de Justiça em suas Constituições. Mesmo sem que a previsão de ADC estadual tenha sido explicitada na Constituição Federal, a procedência de ADI acarreta na improcedência de ADC, assim como a procedência de ADC resulta na improcedência de ADI que tenha por objeto a mesma lei ou ato normativo (Lei nº 9.8686, art. 24), de modo que a declaração de constitucionalidade deve ser cabível em todos os estados, como decorrência do referido caráter ambivalente da declaração de (in)constitucionalidade e da obrigatoriedade da representação de inconstitucionalidade estadual imposta pelo Art. 125, §2º da Constituição Federal.

Em relação à ADO, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 1988, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino afirmam que se trata de “modalidade abstrata de controle de omissão por parte de órgão encarregado de elaboração normativa, destinando-se a tomar efetiva disposição constitucional que dependa de complementação (norma constitucional não auto aplicável)” (PAULO et ALEXANDRINO, 2016, p. 815). Prevista na Constituição Federal no Art. 103, §2º e regida também pela Lei 9.868, a ADO, no âmbito federal (isto é, se contestada frente à Constituição

Federal), não pode ser utilizada para o controle de inconstitucionalidades municipais.

No entanto, autores como José Afonso da Silva e Pedro Lenza defendem a ação da ADO em face a inconstitucionalidades locais (esfera estadual e municipal, em contraste com a Constituição Estadual) para combater a inércia do Legislativo Estadual. O STF, também, já demonstrou seu entendimento pela competência de os Tribunais de Justiça estaduais julgarem ações de inconstitucionalidade por omissão em face de suas Constituições Estaduais, ao apreciar dispositivo da Constituição Maranhense no Recurso Extraordinário nº 148.283. Entre os Estados-membros que preveem a ADO em suas Constituições, podemos citar o Estado de SP (Art. 74, IV) e do Mato Grosso (Art. 126, Parágrafo Único), além do Paraná (Art. 113). Dessa forma, nos estados onde é prevista na Constituição Estadual, a ADO é um mecanismo possível de controle de constitucionalidade de uma omissão em relação à Constituição Estadual, mas, por sua natureza, não permite a contestação direta de leis e atos normativos municipais, tornando-a de menor relevância para nossa análise.

Quanto à ADPF, no entanto, as controvérsias são maiores, se fazendo presente não apenas na doutrina como também na propositura de diversas ações, tanto no STF quanto nos âmbitos estaduais, sobre a compatibilidade da existência de previsão de ADPF estadual com o ordenamento jurídico. O cerne da controvérsia reside na capacidade das Constituições Estaduais de conterem preceitos fundamentais diferentes daqueles previstos na Constituição Federal, e na classificação das normas constitucionais estaduais. Ao contrário do que ocorre com a ADI e, por ambivalência, com a ADC, a ADPF, na Constituição Federal, tem previsão expressa apenas perante a Constituição Federal, sob competência do STF. No entanto, autores como Luís Roberto Barroso e Dirley da Cunha Júnior defendem que nada impede que os Estados-membros protejam seus próprios preceitos fundamentais em suas Constituições Estaduais, legitimando,

portanto, a propositura de ADPF perante o Tribunal de Justiça Estadual para a observância destes princípios fundamentais que, constantes na Constituição do Estado-membro, não constem na Constituição Federal, mas também não contradigam os princípios constitucionais positivados. Deve haver, no entanto, previsão expressa da ação de ADPF na Constituição Estadual.

Em relação à necessidade de previsão expressa de ADPF estadual na Constituição Estadual, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo recentemente apreciou o Processo nº 2004457-12.2021.8.26.0000, que julgou extinta uma ADPF estadual proposta pelo município de São Caetano do Sul (SP), sem resolução de mérito, por sua não previsão na Constituição Paulista. Na decisão, o Desembargador Claudio Godoy cita a obra do Ministro Barroso, que afirma:

A Constituição Federal não previu a arguição no âmbito dos Estados-membros — como fez com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º) —, mas, a exemplo do que se passa com a ação direta de constitucionalidade, pode ser instituída pelo constituinte estadual, com base no princípio da simetria com o modelo federal. Sua importância, todavia, será limitada, por pelo menos duas razões: (i) os preceitos fundamentais deverão de ser os que decorrem da Constituição Federal; (ii) os atos municipais e os estaduais já são passíveis de ADPF federal. Portanto, a arguição em âmbito estadual não terá nem paradigma nem objeto próprio. Ignorada pela maioria dos Estados, foi instituída em alguns deles, como Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte e Alagoas (BARROSO, 2012, p. 220).

Na ação, o desembargador relator também ressalta que a ADPF no âmbito estadual, assim como na esfera federal, tem caráter subsidiário, podendo ser utilizada apenas na inexistência de qualquer outro recurso cabível e quando houver lesão ou ameaça a preceito fundamental.

Embora bastante recorrente em casos de utilização de ADPF, único mecanismo de controle de constitucionalidade abstrato de leis municipais em face a Constituição Federal, há uma controvérsia que abarca também os demais mecanismos de controle de constitucionalidade de leis municipais (ou estaduais) em relação à Constituição Estadual, que diz respeito ao conflito de constitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Estadual quando esta se limita a repetir o texto da Constituição Federal. Expõe Luís Roberto Barroso:

Questão que suscitou ampla controvérsia foi a de determinar o cabimento ou não do controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, nas hipóteses em que o dispositivo desta se limitava a reproduzir dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados. Pretendeu-se sustentar que, em tais casos, haveria, em última análise, controle de constitucionalidade de lei municipal perante a Constituição Federal, feito pelo Tribunal de Justiça, o que contrariaria o sistema constitucional da matéria. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, afirmou a possibilidade jurídica da representação de inconstitucionalidade nesses casos, ressalvando, contudo, o cabimento de recurso extraordinário. Reservou para si, assim, o poder de verificar se a interpretação dada à norma

constitucional estadual contraria o sentido e alcance da Constituição Federal⁴ (BARROSO 2016, p. 197).

Nesta controvérsia, uma questão fundamental é compreender a distinção entre normas de reprodução obrigatória e normas de imitação nas Constituições Estaduais. No art. 25 da Constituição Federal, que determinou a auto-organização dos Estados e legitimou suas respectivas Constituições, o legislador constituinte federal determinou também a observância obrigatória dos princípios constitucionais. A representação concreta desta obrigatoriedade se materializa nas chamadas “normas de reprodução obrigatória”, que compreendem aquilo que José Afonso da Silva denominou como “os princípios, que circunscrevem a atuação do Constituinte Estadual, podem ser considerados em dois grupos: (a) os princípios constitucionais sensíveis; e (b) os princípios constitucionais estabelecidos” (SILVA, 2014, p. 624). Entre eles, destacam-se valores explicitados na Constituição Federal, como os listados no Art. 34, inciso VI (autonomia municipal, forma republicana, entre outros), e os implícitos no texto constitucional, como o princípio da simetria das unidades federadas, que decorre do federalismo. Em relação a estes dispositivos, a Reclamação nº 383-3, julgada no STF, de relatoria do Ministro Moreira Alves, foi seminal na pacificação da questão. A ementa teve a seguinte redação:

⁴ O *leading case* na matéria foi a decisão proferida na Rcl 383-SP, DJU, 21 maio 1993, p. 9765, rel. Min. Moreira Alves. Vejam-se, no mesmo sentido: RT, 743:193, 1997, RE 182.576-6-SP, rel. Min. Carlos Velloso; RDA, 199:201, 1995, Rcl 337-ES, rel. Min. Paulo Brossard; RDA, 204:249, 1996, Pet 1.120, rel. Min. Celso de Mello. O Tribunal assentou, também, por não ser exigível o *quorum* de maioria absoluta no julgamento de recurso extraordinário interposto contra decisão proferida em representação de inconstitucionalidade por Tribunal de Justiça estadual (*Inf.* STF n. 278, Pet. (AgR) 2.788-RJ, rel. Min. Carlos Velloso).

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Rcl 383/SP, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 21-05-1993).

Assim, no caso de conflito de leis e atos normativos municipais contestados em face de dispositivo da Constituição Estadual que represente norma de reprodução obrigatória advindas da Constituição Federal, cabe aos Tribunais de Justiça Estaduais a apreciação de sua constitucionalidade, reservado ao STF a apreciação de recurso extraordinário.

Com as normas de imitação, no entanto, sua reprodução na Constituição dos Estados-membros não é obrigatória, mas realizada pelos constituintes estaduais por conveniência, isto é, em decorrência de uma escolha ou da liberalidade dos constituintes estaduais por manter a mesma redação da Constituição Federal, no pleno exercício de sua

autonomia legislativa. Não há o que se dizer, portanto, em invasão da competência do STF pelo Tribunal de Justiça estadual. Assim, ensina-nos Dirley da Cunha Júnior que “de referência às normas de imitação (de repetição facultativa), a decisão do Tribunal de Justiça é irrecorrível” (CUNHA JÚNIOR, 2015). Dessa forma, em relação às normas das Constituições Estaduais que advém, seja por obrigatoriedade ou imitação, da Constituição Federal seria, nas palavras de Gilmar Mendes:

Pretender que a reprodução dessas normas federais no texto constitucional estadual implica a sua descaracterização como parâmetro de controle estadual revela-se assaz perigoso para a própria segurança jurídica. Até porque haveria considerável dificuldade de se identificar, com precisão, uma norma ontologicamente estadual (MENDES, 2012, p. 220).

No entanto, a competência tanto do Tribunal de Justiça Estadual para analisar normas em contraste com sua Constituição Estadual como do Supremo Tribunal Federal para apreciá-la em relação à Constituição Federal gera, ou poderia gerar, situações de simultaneidade dos processos de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, há pronunciamento do STF em relação à simultaneidade da ação de ADI na apreciação do agravo na Rcl 425/RJ:

Em se tratando, no caso, de lei estadual, esta poderá, também, ser simultaneamente, impugnada no STF, em ação direta de inconstitucionalidade, com base no art. 102, I, letra "a", da Lei Magna Federal. Se isso ocorrer, dar-se-á a suspensão do processo de representação no Tribunal de Justiça, até a decisão final do STF (Brasil, STF, Rcl.

No que concerne às leis municipais, como demonstrado anteriormente, o único mecanismo de controle de constitucionalidade abstrato em relação à Constituição Federal é a ADPF. No entanto, embora se diferencie da ação da ADI, a ADPF é instituto jurídico de mesma natureza e de mesma competência (STF), de modo que, caso haja previsão na Constituição Estadual de um determinado Estado-membro, poderia haver a simultaneidade de propositura de ADPF no âmbito federal e no âmbito estadual, ensejando a mesma suspensão, à nível estadual, até a apreciação da matéria pelo STF.

Entretanto, o caráter subsidiário da ADPF no STF impede a apreciação de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais frente à Constituição Federal sem que haja a extinção dos demais mecanismos. No caso de normas idênticas na Constituição Federal e Estadual, então, todos os mecanismos previstos no Estado-membro respectivo cabíveis devem ser exauridos como requisito de admissibilidade de ADPF no Supremo Tribunal Federal, inclusive a ADPF estadual, se houver.

No entanto, decisões recentes no STF têm contribuído para o entendimento de uma possível competência dos Tribunais de Justiça para utilizar a Constituição Federal como parâmetro de controle de constitucionalidade de normas municipais na hipótese de norma da Constituição Estadual que a reproduza, uma vez que o STF não detém a competência para realizar o controle de constitucionalidade abstrato das mesmas, diferentemente do que ocorre com as leis estaduais. A ADI 5647, de relatoria da Ministra Rosa Weber, apreciada em 2021, foi julgada parcialmente procedente, com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAPÁ.
ART. 133, II, M. CONTROLE
CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE, PELO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE LEIS E
ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS EM
FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
POSSIBILIDADE, DESDE QUE O
PARÂMETRO DE CONTROLE SEJA DE
REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA OU
QUANDO EXISTIR, NO ÂMBITO DA
CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, NORMA DE
CARÁTER REMISSIVO À CONSTITUIÇÃO
DA REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO
CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PARCIAL
PROCEDÊNCIA. 1. A jurisprudência mais
recente desta Suprema Corte, firmada,
inclusive, sob a sistemática da
repercussão geral, admite o controle
abstrato de constitucionalidade, pelo
Tribunal de Justiça, de leis e atos
normativos estaduais e municipais em
face da Constituição da República,
apenas quando o parâmetro de controle
invocado seja norma de reprodução
obrigatória ou exista, no âmbito da
Constituição estadual, regra de caráter
remissivo à Carta federal. 2. Ação direta
de inconstitucionalidade conhecida.
Pedido julgado parcialmente
procedente, para dar interpretação
conforme à Constituição, para assentar a
possibilidade de o Tribunal de Justiça
local exercer o controle concentrado de
constitucionalidade de leis e atos
normativos municipais em face da Carta
da República, apenas quando o
parâmetro de controle invocado seja
norma de reprodução obrigatória ou
exista, no âmbito da Constituição

estadual, regra de caráter remissivo (STF, ADI 5647/AP).

Verificamos, ao longo deste capítulo, que o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais é exercido muito mais no âmbito dos Estados-membros aos quais pertencem do que perante a Carta Maior, e que, mesmo em questões de possível invasão de competência, como em dispositivos comuns à Constituição Federal e à Constituição do Estado-membro o STF tende a deferir aos Tribunais de Justiça Estaduais a decisão, reservando-se a capacidade de apreciação de recurso.

No entanto, as leis e atos normativos municipais não estão sujeitas apenas à sua compatibilidade para com a Constituição Federal e a Constituição Estadual, correspondentes à União e aos Estados, e sim também à autoridade dos Municípios, equiparados, na Constituição de 1988, à eles. Assim, devemos analisar a possibilidade de conflito entre lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Municipal ou seu equivalente, que, conforme exposto na seção sobre o Município no Federalismo brasileiro, é identificada por alguns autores com a Lei Orgânica do Município.

2.4 Conflito entre Lei Municipal e a Lei Orgânica do Município (LOM)

A Lei Orgânica do Município (LOM) foi estabelecida, na Constituição de 1988, por meio do Art. 29, que dita que “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará”, respeitada a observância à Constituição Federal e à Constituição Estadual, além de princípios e normas específicas listadas ao decorrer do texto do artigo.

Além de ter procedimento de elaboração previsto pelo legislador constituinte, a LOM versa, entre outros

assuntos, sobre matérias como a forma de organização dos poderes Legislativo e Executivo, das quais autores como Dijosete Veríssimo da Costa Júnior derivam seu caráter de Constituição (COSTA JÚNIOR, [s.d.], p.9).

Nesse sentido, relata-nos o autor que também se pronunciou, em voto vencido, o Desembargador Bartolomeu Bueno na ADIn 13.359-0 ajuizada no TJ-PE, arguindo que a Lei Orgânica Municipal não é uma lei ordinária comum, tendo caráter constitucional. Ao prever o controle de constitucionalidade dos Estados das leis municipais frente à Constituição Estadual, o legislador não vedou a instituição do controle em face da Lei Orgânica do Município (TJPE, CE-ADIN nº 135590-0, N. taquigráficas, julg. 17/06/06, *in* COSTA JÚNIOR, [s.d.], p. 9).

Atualmente, no entanto, se o que se pretende realizar é controle de constitucionalidade de lei municipal frente à Lei Orgânica do município, não existe previsão constitucional dessa prerrogativa, de modo que se possa realizar apenas controle de legalidade nestes casos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu na ADI 5548/PE, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que é inconstitucional o controle de constitucionalidade de lei municipal frente à Lei Orgânica do respectivo município, como lê-se na ementa:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 61, I, L; 63, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. OFENSA AOS ARTS. 52, X, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONTRA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. SUSPENSÃO DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM CONTROLE CONCENTRADO PELO PODER LEGISLATIVO. INCONSTITUCIONALIDADES. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I - Não cabe

controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais contra a Lei Orgânica respectiva. Precedente. II - Não compete ao Poder Legislativo de qualquer das esferas federativas suspender a eficácia de ato normativo declarado inconstitucional em controle concentrado de constitucionalidade. Precedente. III - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (ADI 5548/PE).

O artigo impugnado, presente na Constituição Estadual de Pernambuco, continha o seguinte dispositivo:

Art. 61. Compete ao Tribunal de Justiça: I - processar e julgar originariamente: (...) l) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face desta Constituição, ou de lei ou ato normativo municipal em face da Lei Orgânica respectiva.

Ainda tratando-se do julgamento da ADI 5548/PE, o Informativo nº 1025 do STF é claro ao afirmar que:

Não se admite controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em face da lei orgânica respectiva. Com efeito, não é possível extrair, da literalidade do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, o cabimento de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais contra a lei orgânica respectiva⁵ (STF, 2021).

⁵ Precedente citado: RE 175.087.

Identificamos, portanto, que em conflito com a Constituição Federal, o controle de constitucionalidade abstrato de leis municipais realizado no STF é extremamente limitado, resumindo-se ao mecanismo da ADPF que, conforme ressaltamos, é de utilização estrita em violação de preceitos fundamentais e tem caráter subsidiário, o que acaba por limitar ainda mais sua possibilidade de atuação. Em relação às Constituições Estaduais, de competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, os mecanismos de controle de constitucionalidade abstrato das leis e atos normativos municipais são bem mais abrangentes, incluindo a obrigatoriedade de ADI e a possibilidade de ADC, ADO e ADPF, caso as referidas constituições as instituem. No entanto, em conflito com a Lei Orgânica do próprio Município, representação máxima do *pouvoir municipal* e elaborada por seus munícipes, não é possível controlar a constitucionalidade das leis municipais, cabendo apenas controle de legalidade.

No entanto, decorre do próprio texto da Constituição Federal o papel do Município enquanto ente federativo, inovação presente na Constituição de 1988 e que representa a intenção do legislador constituinte de reforçar a autonomia municipal, valor que deve ser preservado, inclusive, pelos Estados na elaboração de suas Constituições. Desse modo, identificamos a necessidade de algumas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a concretizar esta intenção.

3. Do Fortalecimento das prerrogativas do Município e do Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais

No estudo do controle de constitucionalidade das leis municipais, verificamos, em primeiro lugar, a impossibilidade de controle de constitucionalidade frente à Carta Maior da República Federativa do Brasil. Embora argumentos sobre o grande número de municípios no Brasil e a possibilidade do afogamento do STF frente à tamanha demanda, não

encontramos, na literatura e doutrina analisadas, nenhum argumento contra a ideia de que este controle deveria ser realizado, e sim a preocupação com a eficiência do Supremo Tribunal Federal ou sua invasão de competência pelos Tribunais de Justiça dos Estados. No entanto, tendo o Município sido elevado à categoria de ente federado na Constituição de 1988, suas leis deveriam ser equiparadas às leis estaduais, em termos de sua hierarquia perante a Constituição Federal. Desse modo, além de estarem sujeitas ao controle de constitucionalidade em face a Constituição Estadual, deveria haver também ação que permitisse a apreciação pelo STF, em seu papel de “guardião da Constituição”, de controvérsias constitucionais sobre assuntos locais.

Na prática, esta medida representa apenas a inclusão da expressão “e leis municipais” no Art. 102, I, “a”, que passaria a constar com a seguinte redação: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou municipal e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Em relação à ADC, por seu caráter ambivalente à ADI e a limitação imposta pelo constituinte originário de seu cabimento apenas nas leis federais, não existe necessidade de sua ampliação para abranger as leis municipais. No entanto, a ADI é um mecanismo fundamental de guarda da Constituição. A possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais, ainda que restrita por quesitos que busquem solucionar o excesso de demanda, gera mais coerência jurídica no ordenamento, além de evitar a situação hipotética de leis municipais que firmam a Constituição Federal (em questão que não os preceitos fundamentais, abarcados pela ADPF, que, mesmo ela, tem caráter subsidiário) mas não firmam a Constituição Estadual e,

portanto, não estejam sujeitas à forma alguma de controle de constitucionalidade.

Vale ressaltar que, como leciona Ferdinand Lassalle, que em países regidos por uma Constituição:

os juízes, que são a mais eficaz garantia ordinária dos direitos, liberdades e garantias, não se limitam a apreciar o princípio da legalidade, mas aplicam o princípio da constitucionalidade, podendo instar o tribunal constitucional a anular as leis que se oponham à regulação constitucional dos direitos (LASSALE, 2013, p. 52).

No âmbito estadual, aos Estados-membros foi reservado, pelo legislador constituinte federal, ampla capacidade de versar sobre o controle abstrato de constitucionalidade em seus Estados, estabelecendo, no entanto, a obrigatoriedade da “representação de inconstitucionalidade”. Se, no entanto, os Municípios detêm o mesmo poder dos Estados e tem sua autonomia assegurada no texto constitucional, resulta que deve haver também a capacidade de propositura de “representação de inconstitucionalidade” também para as leis municipais, não só em relação à Constituição Estadual, mas também em relação à Lei Orgânica do Município.

De particular relevância à nossa análise é o caráter da Lei Orgânica do Município (LOM) enquanto poder constituinte derivado, que Marcos de Oliveira Vasconcelos Júnior afirma decorrer da autonomia dos entes federados, uma vez que:

Permite-se com tal autonomia que os Estados-membros sejam responsáveis diretos pela formação de órgãos próprios (autonomia administrativa) e pela elaboração e execução de suas leis (autonomia política), inclusive de sua própria Constituição, cuja origem é um

poder constituinte derivado, pois não dotado de soberania (VASCONCELOS JÚNIOR, 2012).

Na Constituição Federal, a previsão da Lei Orgânica do Município se dá no Artigo 29, nos seguintes termos:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

Em razão desta previsão constitucional expressa e com base nos ensinamentos do constitucionalista Paulo Márcio Cruz, Ricardo Emilio Zart afirma que é esta uma apresentação do poder constituinte derivado e decorrente (ZART, p. 51, 2007). Decorrendo sobre os Estados-membros, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca o problema do conflito gerado pela auto-organização dos entes federados nos países que sofreram processo de federalismo por segregação, isto é, a transformação de um Estado unitário em um Estado federal, como se deu no Brasil com o Decreto nº1 em 1889, na ocasião da Proclamação da República. Por meio deste processo, Ferreira Filho nos aponta que aos Estados-membros foi concedido, portanto, poder constitucional derivado, instituído e condicionado (FERREIRA FILHO, 2014, p. 162).

No entanto, com a elevação dos Municípios à categoria de entes federativos, a Constituição de 1988 aumentou a autonomia municipal, regendo-os da mesma capacidade de auto-organização dos Estados-membros e do Distrito Federal. Além disso, o Art. 29 da CF traz a previsão do procedimento de elaboração da lei orgânica e a observância obrigatória dos princípios da Constituição Federal e da Constituição Estadual. As semelhanças, portanto, do

Município com os Estados-membros ficam evidentes no texto constitucional, ao que se pode afirmar, portanto, a existência de um poder constituinte municipal. Nesse sentido, Ferreira Filho reconhece esta possibilidade, embora não a afirme categoricamente, ao explicitar estas razões (FERREIRA FILHO, 2014, p. 174). Igualmente, Rafael Lazari reconhece a necessidade de mudança da abordagem do ordenamento brasileiro em relação às Leis Orgânicas dos Municípios, afirmando:

Qualquer que seja o posicionamento adotado, urge que sejam pensadas as Leis Orgânicas como representações de uma Federação substancial (e não apenas formal) que envolve também Municípios e Distrito Federal. O fato de não serem denominadas, propriamente, Constituições, não tornam as Leis Orgânicas textos normativos de segunda classe; muito pelo contrário, representam a identidade oficial de entes federativos que necessitam de absoluta consolidação pós-Constituição Federal de 1988 (notadamente pensando no caso dos municípios). O senso de respeito, portanto, deve ser rigorosamente o mesmo. (LAZARI, 2018).

Assim sendo, decorre da autonomia dos entes federados e das bases do federalismo brasileiro, portanto, que, observados os princípios da Constituição Federal, a Lei Orgânica do Município, assim como as Constituições Estaduais, é dotada de hierarquia paraconstitucional, e não infraconstitucional (MELO, p.109, 1999). Nesse sentido, Bonavides, analisando o papel da Lei Orgânica do Município afirma que:

Toda lei orgânica municipal que tolher aquele poder com limitações

usurpadoras, já não será a carta política da autonomia do município, mas o estatuto da servidão ao domínio arrebatador do Estado-membro; já não corresponderá, pela sua natureza e essência, ao pensamento da lei maior, que é o de fazê-la materialmente o título de alforria das administrações autônomas do município (BONAVIDES, p.357, 2011).

Desse modo, se compreendemos a Lei Orgânica como Constituição Municipal, deve haver também a possibilidade de controle das leis ordinárias municipais frente a ela. Muito embora já exista o controle de leis municipais em relação à Lei Orgânica do Município, este é realizado apenas no âmbito da legalidade, sem os efeitos que a declaração de inconstitucionalidade produz.

Verificamos, portanto, uma assimetria entre os entes federados da União, dos Estados e dos Municípios, com uma deficiência de prerrogativas do Município. Desta forma, a República Federativa do Brasil apresenta tendência ao federalismo assimétrico, com o especial fortalecimento dos Estados-membros em prejuízo das prerrogativas do Município enquanto ente federado. Já autores como Ferreira Filho reconheciam que “É inegável que a Constituição de 1988 procurou valorizar o município” (FERREIRA FILHO, 2014, p. 173).

Em relação ao federalismo assimétrico, é preciso, em primeiro lugar, apontar que o Brasil é organizado em um federalismo de três níveis (União, Estados e Municípios), o que se diferencia do modelo clássico de federalismo, em dois níveis (União e Estados). Tal organização é decorrência de um processo descentralizador de poder, consolidado na Constituição de 1988. A acentuação e equilíbrio, portanto, do pacto federativo brasileiro, deve ser reforçada pela equiparação real do Município com os demais entes

federados, além da garantia de harmonização do ordenamento jurídico.

Desta forma, aumentar a capacidade de controle de constitucionalidade de lei municipal em todas as esferas é benéfico ao ordenamento jurídico brasileiro, pelo fortalecimento das prerrogativas do Município visando seu encaixe na própria estrutura do federalismo com maior consonância com o texto constitucional.

Ficam assim evidenciadas as duas críticas ao sistema jurídico brasileiro. A primeira, quanto a essa peculiar e absurda situação do município como um (quase) ente federativo. Que se resumisse apenas a questões do controle de constitucionalidade seria menos impactante, porém, encontra-se em outras circunstâncias jurídicas, como a ausência de um poder judiciário, a falta de poderes de comissões parlamentares de inquérito, falta de representação política nacional, pouca competência legislativa e diminuta competência tributária.

E a segunda crítica a impossibilidade do manejo do controle abstrato de constitucionalidade que, com seus efeitos erga omnes e vinculante é capaz de sanar a tempo as lesões abstratas aos textos constitucionais orgânicos federais, estaduais e municipais por leis municipais a tempo de evitar as lesões individuais a direitos, solucionados apenas pelas ações concretas, às vezes com decisões contraditórias, pusilânimes e, especialmente, tardias para o tempo dos homens, por vezes, inócuas ou pouco úteis.

4. Conclusão

O artigo buscou analisar os mecanismos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, além de expor o entendimento doutrinário sobre a questão.

Para tanto, iniciamos com o estudo do federalismo e, em particular, do município enquanto ente federado,

destacando a valorização da autonomia municipal na Constituição Federal de 1988.

Em seguida, analisamos 3 casos de possível controle de constitucionalidade das leis municipais, isto é, em seu conflito com a Constituição Federal, em seu conflito com a Constituição Estadual e em seu conflito com a Lei Orgânica do Município que a promulgou.

A partir dos resultados desse estudo, verificamos que o controle de constitucionalidade das leis municipais é amplo e de ampla previsão em relação a seu conflito com a Constituição Estadual, mas limitada perante à Constituição Federal e inexistente em relação à Lei Orgânica do Município.

Em seguida, o artigo ressaltou o papel do município enquanto ente federado e apresentou propostas em relação ao fortalecimento das prerrogativas dos municípios, por meio do fortalecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em todas as esferas, em especial, na esfera federal e na esfera municipal, em seu conflito com a Lei Orgânica do Município, buscando apontar as contribuições de tais mudanças para o fortalecimento do federalismo brasileiro.

FERRAZ, Sérgio. **A Declaração de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.** Ajuris, n 61. Disponível em: <[revista4_SERGIO_FERRAZ_A_declaracao_de_inconstitucionalidade_do_Supremo_Tribunal_Federal.pdf\(ablj.org.br\)](#)>. Acesso em: 27/07/2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOIÁS. **Constituição do Estado de Goiás**, de 5 de outubro de 1989.

GODOY, César. **O controle difuso da constitucionalidade.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6366, 5 dez. 2020. Disponível em: <[O controle difuso da constitucionalidade - jus.com.br | Jus Navigandi](#)>. Acesso em: 28 jul. 2022.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JUNIOR, Luís Carlos; CARVALHO, Pedro de Menezes. **Controle de constitucionalidade em nível estadual e municipal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5794, 13 mai. 2019. Disponível em:< [Controle de constitucionalidade em nível estadual e municipal - Jus.com.br | Jus Navigandi](#) >. Acesso em: 28 jul. 2022.

JÚNIOR, Marcos de Oliveira Vasconcelos. **O Federalismo e a posição do Município no Estado federal brasileiro.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3107, 3 jan. 2012. Disponível em: < [O Federalismo e a posição do Município no Estado federal brasileiro - Jus.com.br | Jus Navigandi](#) >. Acesso em: 28 jul. 2022.

MATO GROSSO. **Constituição do Estado do Mato Grosso**, de 05 de outubro de 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 18ª edição. Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, comentários à Lei n. 9.868/99**, São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NASCIMENTO, Adriana Valentim Andrade. **Controle de Constitucionalidade das Leis ou Atos Normativos Municipais no Direito Brasileiro**. EMERJ. Disponível em: <[Controle de Constitucionalidade.pdf \(tjrj.jus.br\)](#)>. Acesso em: 28/07/2022.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUNES, Renata Pimenta. **Controle de Constitucionalidade de Leis Municipais**.

PARANÁ. **Constituição do Estado do Paraná**, de 5 de outubro de 1989.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **A autonomia dos municípios na constituição brasileira de 1988**. JusBrasil, [s. /,], 1 fev. 2010. Disponível em: < [A autonomia dos municípios na constituição brasileira de 1988* | Jusbrasil](#) > Acesso em: 22 jul. 2022.

PIAUÍ. **Constituição do Estado do Piauí**, de 05 de outubro de 1989.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. Saraiva, 1ª edição, 2010.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Breves anotações sobre o processo legislativo municipal: Reflexões a partir do modelo catarinense**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5587, 18 out. 2018. Disponível em: < [O poder da lei municipal: processo legislativo no modelo catarinense - Jus.com.br | Jus Navigandi](#) >. Acesso em: 27 jul. 2022.

SALES, Gustavo Fernandes. **Controle de Constitucionalidade**. Brasília: Editora CP IURIS, 2020.

SÃO PAULO. **Constituição do Estado de São Paulo**, de 5 de outubro de 1989.

SERAFIN, Gabriela Pietsch. O princípio federativo e a autonomia dos entes federados. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em: < [Revista de Doutrina da 4ª Região \(trf4.jus.br\)](#) >. Acesso em: 21 jul. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros, 37 ed, 2014.

SPINA, Guilherme Malaguti. **Controle de constitucionalidade estadual: uma análise a partir do caso de São Paulo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4866, 27 out. 2016. Disponível em: < [Controle de constitucionalidade estadual: análise a partir do caso de São Paulo - Jus.com.br | Jus Navigandi](#) >. Acesso em: 27 jul. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

VASCONCELOS JÚNIOR, Marcos de Oliveira. **O Federalismo e a posição do Município no Estado Federal Brasileiro**. Jus.com.br, [S. /], p. 1, 3 jan. 2012. Disponível em: < [O Federalismo e a posição do Município no Estado federal brasileiro - Jus.com.br | Jus Navigandi](#) >. Acesso em: 22 jul. 2022.

ZART, Ricardo Emilio. **O Poder Constituinte derivado e a sistemática das emendas constitucionais na Constituição Federal de 1988**. Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio Cruz. 2007. 151 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007. Disponível em:< [Dissertao \(dominiopublico.gov.br\)](#) >. Acesso em: 22 jul. 2022.

Direito, Ideologia e Estado

Rafael Medeiros Martins¹

RESUMO

O ensaio pretende desmistificar a ideia de ideologia no Direito. Para tanto, investiga esse conceito à luz da ciência jurídica, fazendo-o a partir da Constituição brasileira de 1988. Além disso, analisam-se alguns movimentos que, parece-nos, depreciam aquilo que se deve entender por ideologia constitucional. Ao fim, conclui-se que o Estado brasileiro, forte na ideia de bem-estar social, deve aspirar alcançar os objetivos densificados em sua Constituição.

Palavras-chave: Ideologia; Constituição; Estado; Direitos.

ABSTRACT

The essay intends to demystify the idea of ideology in Law. Therefore, it investigates this concept in the best light of legal science, based on the Brazilian Constitution of 1988. Furthermore, it analyzes some movements that, it seems to us, deprecate what should be understood as constitutional ideology. In the end, it is concluded that the Brazilian State should aspire to achieve the goals enshrined in its Constitution.

Keywords: Ideology; Constitution; State; Rights.

¹ Procurador do Município de São Paulo desde 2017, com lotação do Departamento de Desapropriações. Também atuou como Procurador do Município nas cidades de São João da Boa Vista e Guarulhos, além de advogado público de autarquia (Coren-SP). Foi Delegado da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP. E-mail: rmedirosmartins@gmail.com

1. A compreensão do fenômeno ideológico

Não é costume, nos cursos e na literatura jurídica, estudar a fundo a relação entre Direito e ideologia. Esta deficiência acaba por empobrecer o estudo, tornando *oca* a ciência jurídica e deixando-a, não raro, refém dos movimentos políticos contemporâneos e exposta aos predadores do Direito. De fato, os bancos universitários usualmente se voltam à compreensão do texto normativo e, quando muito, elaboram um juízo de (in)constitucionalidade, e ainda assim periférico. Parece ter se tornado tradição, em nosso estudo e mesmo no campo doutrinário, não criticar a substância dos institutos de forma muito acentuada. Poucas exceções² encontramos na comunidade científica.

No Direito Administrativo, um ramo profundamente afeto às coisas mais sérias de uma nação³, esta realidade é infelizmente muito sentida. A enorme maioria dos cursos limitam-se a reproduzir acriticamente os sumários clássicos, analisando os institutos e dando-lhes a óbvia formatação jurídica. Não se trata aqui de condenar a metodologia utilizada para ensinar a matéria, afinal, obviamente o estudante e o profissional devem dominar a dogmática científica, com todos os seus conceitos e elementos. Porém, desprezar a forma crítica de pensar, como se isso somente coubesse aos altos níveis de estudo ou às monografias jurídicas, não parece ser o caminho para a construção de um Direito vigoroso. Não é por outra razão que Celso Antônio Bandeira de Mello devota, no sumário de seu aclamado

² Encabeçando as exceções, claro, ele, o cidadão número um: Celso Antônio Bandeira de Mello. Paulo Bonavides, Eros Grau e Lenio Streck também são exemplos notáveis de juristas dessa estirpe.

³De fato, ao lado do Direito Constitucional, o Direito Administrativo compõe o cerne do Direito Público. É tido e deve ser visto, modernamente, não como um núcleo repleto de superpoderes para desfrute da Administração, mas ao contrário: *é arma e escudo do cidadão contra o uso desatado do poder*. Percebe-se, portanto, que retirar a forma crítica de pensar do Direito Administrativo o transformaria em mera capitulação de conceitos. Muito pouco para um ramo jurídico tão sofisticado e importante.

Curso, um item denominado “*Bases Ideológicas do Direito Administrativo*”. Oxalá que essa percepção se espraie por todos aqueles que gastam tintas com este e os demais ramos do Direito Público.

Atribuímos esse cenário a um equívoco que, inclusive nos dias atuais, ganha dimensões extraordinárias: considerar o termo ideologia como uma afronta ao pensamento científico, uma espécie de palavrão que não merece ser pronunciado, uma chaga social, um modo de ser e pensar que conduziria a nação ao abismo. Ideologia virou sinônimo de fanatismo. Isto é, em parte, um equívoco. Em verdade, “a ideologia é pressuposto de todo conhecimento; por conseguinte, é indissociável da elaboração e da compreensão de todos os ramos do Direito, mas é no direito administrativo que ela se revela mais nitidamente. Enquanto nos demais ramos jurídicos a ideologia se apresenta absconsa, no direito administrativo ela é ostentatória.”⁴

Talvez o erro de abordagem consista justamente no que se deve compreender a respeito dessa imbricação entre Direito e ideologia. Com efeito, a ideologia que nos interessa é aquela que opera no seu *sentido fraco*⁵: todo ser humano possui uma ideologia pelo simples fato de pensar. Ora, todo homem é produto de seu meio, pessoa de seu tempo e carrega uma visão de mundo consigo. Parte dessa visão é herdada, e outra parte adquirida ao longo de sua trajetória de vida. Em conclusão, chegamos ao óbvio: não existe mulher ou homem despido de ideologia. Donde também se conclui que não há texto legal sem valoração ideológica. Em outras palavras, ninguém é neutro no terreno humano. Nem mesmo o juiz é neutro, e aqui, note-se bem, temos um dos mais qualificados agentes políticos dos quadros estatais,

4MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Constitucional, 1º d., p.450.

⁵O sentido “forte” corresponderia à ideologia fanática, ou seja, aquela forma de pensar que é mera serviçal do pensamento alheio. Desta, não nos ocuparemos.

encarregado de exercer parcela de soberania estatal para pacificar conflitos de forma imparcial⁶.

A importância em reconhecer que o intérprete possui uma ideologia é uma experiência necessária e requer muita humildade pela seguinte razão: nem sempre a ideologia do objeto de estudo condiz com a ideologia do intérprete. Não se poderia exigir, porque seria desumano, que o operador se despisse totalmente de seu método de pensamento para, “vazio”, elaborar sua opinião sobre um texto normativo. Porém, por honestidade intelectual e para angariar um melhor resultado, o sujeito deverá, num primeiro momento, olhar-se no espelho e reconhecer sua ideologia aplicada ao ordenamento jurídico para depois, enfim, conversar com o texto. E, como toda boa e rica conversa, pressupõe-se que o intérprete não só fale, mas deixe que o texto lhe diga alguma coisa. A permeabilidade é fundamental⁷.

Gadamer fusiona com maestria essa linha de pensamento:

Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, [deve estar] disposto a deixar que ele diga alguma coisa para si. Por isso, uma consciência

⁶ Ronald Dworkin, em seu clássico *Levando os direitos a sério*, já externava essa preocupação: “os juízes com origens econômicas e políticas específicas ou oriundos de tipos específicos de práticas jurídicas, ou adeptos de sistemas de valores específicos, ou com afiliações políticas específicas, tendem a decidir em favor dos réus com as mesmas origens sociais e institucionais?” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 3ª ed., p. 10).

⁷Vale o alerta de Ricardo Marcondes Martins: “O jurista que só consegue ver sua própria ideologia no texto normativo não consegue interpretar” (*Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal*, 1ª ed, p. 57).

formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.⁸

Este contínuo exercício, se levado a cabo por todos que se dedicam às letras jurídicas, elevaria a ciência do Direito a outro nível e formaria juristas e administradores mais capacitados e conscientes de sua realidade. Mais que isso, acabaria por enriquecer o debate e, assim, garantir uma melhor produção científica, jurisprudencial, legislativa e política. Reconhecer todas estas nuances é tratar o Direito com honestidade, equidade e, sobretudo, seriedade.

Daí a importância de perceber a questão ideológica com precisão, para alcançar aquilo que chamaremos, adiante, de *ideologia constitucional brasileira*. Trata-se de um conceito fundamental porque é ela que deverá equipar o exercício da boa produção legislativa, executiva e judicial.

E, afinal, qual seria a importância de toda esta digressão?

A resposta, já inferida, é esta: todos devemos inicialmente reconhecer nosso corpo ideológico e submetê-lo a um exame depurador perante a Constituição. Em boa analogia, seria algo parecido com a teoria da recepção oriunda do Direito Constitucional, para a qual as normas anteriores à Constituição somente continuarão vigentes se

⁸ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 3ª ed., p. 405.

forem materialmente compatíveis com o texto magno; caso contrário, fatalmente serão reputadas como se nunca tivessem existido⁹.

O mesmo raciocínio deve sustentar os esforços do intérprete ao se defrontar com um texto normativo: sabedor de sua própria visão de mundo, deverá permitir que o conteúdo sob exame penetre suas entranhas, compreendendo-o na inteireza, e daí deverá eleger como árbitra das dissensões ela, *a ideologia constitucional*.

2. A ideologia constitucional

Dirá Bobbio que “a árvore das ideologias está sempre verde”¹⁰. Esta assertiva confirma o que se quis expor até aqui: as ideologias¹¹ sempre estiveram acesas, e antes de serem tratadas como entulho interpretativo ou coisa que o valha, merecem consideração e compreensão numa sociedade que pretenda ser democrática.

Entretanto, não se pode descuidar de um procedimento que todos aqueles que pretendam lidar com o sistema normativo (*legislador, julgador, aplicador de ofício das leis, jurista, escritor, professor etc*) deverão dominar e respeitar: *a filtragem constitucional*.

Já nos referimos a ela no tópico anterior, aproximando-a da *teoria da recepção*. Esta é manuseada num juízo de constitucionalidade material, no qual a lei anterior à Constituição somente sobreviverá aos novos

⁹Há intenso debate entre os constitucionalistas a respeito do fenômeno encerrador da lei incompatível com a Constituição: *seria ela inconstitucional, inexistente, ou teria sido revogada?* Não obstante esta última posição ser a majoritária, ficamos com André Ramos Tavares, para quem “não se pode nem denominar inconstitucionalidade nem revogação: a lei simplesmente não existe mais” (Curso de Direito Constitucional, 14ª ed, p. 283).

¹⁰BOBBIO, Norberto. Direita e Esquerda – razões e significados de uma distinção política, 3ª ed, p. 51.

¹¹Referimo-nos às ideologias sérias, ou seja, aquelas que possuem lastro intelectual. Obviamente não se pode acomodar neste campo os pensamentos manifestamente avessos à dignidade humana ou às ciências.

tempos se não agredir os princípios, regras e postulados constitucionais vigentes. Já a filtragem constitucional é mais profunda. Emite um juízo de fundo, porque investiga o corpo externo e interno da Constituição, sua feição idealista e ideológica, seu espírito construtivo, seu projeto de Estado, seu programa normativo.

Neste campo, é preciso descortinar qual seria a ideologia da Constituição promulgada em 1988.

O assunto é amplíssimo. De fato, para absorvê-lo na sua inteireza, seria necessária uma amplificada digressão histórica aos bastidores da Constituinte, além de elevar o estudo a todos os capítulos do texto constitucional para retirar daí a ideologia marcante¹² – afinal, e parafraseando Eros Roberto Grau, *não podemos interpretar a Constituição às tiras*. Evidentemente que esta intenção extrapolaria o objeto central do presente artigo, motivo pelo qual aplicaremos o corte metodológico necessário para avaliar, brevemente, qual seria a feição da *ideologia constitucional econômica brasileira*.

Direto ao ponto: não se pode duvidar que a Constituição cidadã optou pela vertente *capitalista*, já que claramente não coletizou os meios de produção. Com efeito, ao prever a *livre iniciativa* como princípio geral da ordem econômica e assegurar a *propriedade privada* e a *livre concorrência*, afastou-se decerto da planificação da economia. Portanto, neste primeiro degrau, a afirmação de que o Brasil é uma nação capitalista se mostra adequada.

Adequada, porém não completa. É que as veredas dos modelos econômicos são variadas, e seria demais simplista – senão leviano – encerrar aqui a abordagem.

¹²Andre Ramos Tavares nos fornece seu parecer a respeito deste alongado tema com a seguinte síntese: “Uma perquirição acerca da ideologia da Constituição promulgada em 1988 leva a indagar sobre quais foram os parlamentares efetivamente responsáveis pela sua elaboração. Estudo desenvolvido por Leôncio Martins Rodrigues, a partir da autodefinição ideológica dos componentes da Câmara dos Deputados, levou à conclusão de que a maioria seria de centro-esquerda e de esquerda moderada” (Curso de Direito Constitucional, 14ª ed., p. 109).

Ora, ao mesmo tempo em que a feição constitucional capitalista está evidenciada, de igual sorte a natureza socialista se mostra presente. Nosso capitalismo é enriquecido com partículas sociais que afastam o modelo capitalista liberal puro ou próximo a isso. Basta uma passada de olhos pelo art. 170 para se chegar a essa conclusão: ao lado da livre iniciativa, e com a mesma dignidade constitucional, o modelo brasileiro manda observar os *ditames da justiça social* e exterioriza que a economia deverá, como preocupação constante, *valorizar o trabalho humano*, promover a *redução das desigualdades regionais e sociais* e garantir a *função social da propriedade*.

Isto, para alguns, gera perplexidade, porque não compreendem como poderia haver compatibilidade lógica entre um Estado capitalista e socialista¹³.

Não nos parece que seja assim. Por primeiro, é certo que as normas constitucionais originárias são todas válidas; se é assim, cabe ao intérprete dar unidade ao todo constitucional e não apenas eleger a ideologia que prefere e enclausurar as demais que se encontram ostensivamente presentes no texto fundamental. Além disso, é perfeitamente coerente a existência de um modelo capitalista temperado, o que, no fim de todas as coisas, remete à difundida ideia de um *Estado do bem-estar social*. Esta ideia foi muito bem representada por Georges Abboud:

¹³Em brilhante nota de rodapé, Ricardo Marcondes Martins resolve essa questão: “ocorre que esse não é, como afirmado, o único conceito de socialismo. Há quem admita a compatibilidade do socialismo com o capitalismo, ou seja, com a não coletivização dos meios de produção (...) com a identificação de três elementos essenciais: realce dado à necessidade de regulamentação coletiva dos assuntos sociais e econômicos e rejeição concomitante de toda filosofia do laissez-faire; completa hostilidade às divisões de classe e aspiração por uma sociedade sem classes; democracia. Esses três elementos estão nitidamente presentes no texto da Constituição de 1988. (...). Adotado esse conceito, torna-se indiscutível: a Constituição brasileira de 1988 é socialista” (Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal, 1ª ed, pg. 56).

Para compreender a proposta de um direito procedural é fundamental ter em vista o fato de a sociedade contemporânea ser cada vez mais paradoxal. É o que se nota, por exemplo, nos modelos econômicos de boa parte das democracias constitucionais do pós-guerra, e.g., Brasil e Alemanha, que são, ao mesmo tempo, capitalistas e de bem-estar social, ou seja, misturam, em si, elementos próprios de duas orientações políticas distintas: o liberalismo e o socialismo.¹⁴

A conceituação não é simples porque cada nação soberana possui sua aventura civilizatória própria. Não obstante a ciência política pretender a universalidade e procurar minimamente mapear os diversos esquemas organizatórios estatais, a verdade é que as particularidades são muitas. A mesma dificuldade que encontramos ao comparar a forma federativa do Estado brasileiro com outras pelo mundo, defrontamo-nos novamente ao procurar definir a sua ordem econômica. A razão é a mesma: o universo de um povo é diferente do outro. E não há nada de mal nisso. É uma viagem sem fim.

Pelo exposto e em apertadíssima síntese, entende-se que ***a nação brasileira está fincada numa ordem econômica capitalista com influentes afluentes sociais, acomodando-se na categoria do Estado do bem-estar social***¹⁵.

Com efeito, a Constituição vigente inequivocamente atribuiu ao Estado o papel ativo de prestador de serviços¹⁶

¹⁴ ABBOUD, Georges. Direito constitucional pós-moderno, 1ª ed., p. 573.

¹⁵ É também a opinião de Eros Grau: "A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar" (GRAU, Eros Roberto, A ordem econômica na Constituição de 1988, 19ª ed., p. 44).

¹⁶ Conclusão muito fácil de chegar. É pegar a Constituição e conferir as competências executivas atribuídas a cada ente federativo, com uma ampla

com o desiderato de concretizar os direitos sociais e realizar os objetivos republicanos radicados no seu art. 3º. Isto, sem medo de errar, afasta-nos das variantes capitalistas puristas que pregam a não intervenção estatal, relegando sua atuação em diminutas hipóteses. Com mais razão repudia a adoção dos postulados neoliberais. A premiada jornalista canadense Naomi Klein sintetiza, num bom exemplo, uma aproximação daquilo que compreendemos como sendo a formatação correta do Estado brasileiro:

É possível a existência de uma economia de mercado que não exija tamanha brutalidade nem imponha esse tipo de purismo ideológico. Um mercado livre para produtos de consumo pode coexistir com um sistema público de saúde, com escolas públicas, e com um amplo segmento da economia controlado pelo Estado – como uma empresa petrolífera nacionalizada, por exemplo. É ainda factível exigir das corporações que paguem salários decentes e respeitem os direitos dos trabalhadores de formar sindicatos, e dos governos que cobrem seus impostos e redistribuam a riqueza a fim de reduzir as desigualdades que caracterizam o Estado corporativo. Os mercados não precisam ser fundamentalistas.¹⁷

Esta conclusão possui candentes implicações em diversificados segmentos científicos, e, trazendo-a para o ambiente da atuação estatal positiva e intervencionista, queremos significar que a forma direta de intervenção do

gama de serviços públicos lá enfeixados. Além disso, a exploração direta de atividade econômica aponta para um Estado atuante, o que conversa de perto com o tema deste artigo.

¹⁷KLEIN, Naomi. A doutrina do choque – a ascensão do capitalismo de desastre, 1ª ed., p. 30.

Estado na economia reveste-se de amplíssima legitimidade constitucional, principalmente quando se tem em mente o sentido socialista acima difundido. De fato, os empreendimentos estatais não se justificarão tão somente para cobrir o *déficit* da iniciativa privada, mas também para induzi-la (sem aniquilá-la) a bem desempenhar suas funções de acordo com os princípios sociais que animam a ordem econômica brasileira. Eis seu papel no direito brasileiro, afinado com os objetivos da República.

A relevância desta consideração é enorme. Não é de hoje que uma forte tendência neoliberal solapa o mundo – e o Brasil atual parece se encontrar nessa onda – com suas propostas genéricas, como se fosse uma ideologia plenamente compatível com os ordenamentos jurídicos de todas as nações do globo terrestre. No Brasil atual há movimentos neoliberais de grande envergadura e com real penetração política (inclusive com mandatos eletivos) que ostentam pública e diariamente diversos slogans manifestamente afrontosos à ideologia constitucional. Dentre eles destacamos o infelizmente já clássico *“Privatiza tudo”*¹⁸, direcionado especificamente às empresas estatais e aos serviços públicos, sem qualquer consideração ou aprofundamento mais técnico. Para os neoliberais, o simples fato do Estado intervir na economia e não gerar montes lucrativos já seria motivo justificador para extinguir estatais e serviços públicos. Esta visão, para além das escusas e obscuras intenções, não comunga com as normas constitucionais econômicas; muito ao revés, vai de encontro a elas.

¹⁸José Saramago, o único Nobel das letras lusófonas, sentenciou: *“Não se brinca com coisas sérias, e eu não sei de nada mais sério do que a história dos homens”* (Deste mundo e do outro, 8ª ed., p. 167). Concordamos com o laureado português e que fique o registro histórico: o atual Ministro da Economia, *Paulo Guedes*, desde as eleições repete e replica que todas as empresas estatais federais deveriam ser extintas ou privatizadas.

3. A distorção neoliberal e a ideologia do desprezo social: do ataque ao Estado ao histrionismo propagandístico

Por imperativos de honestidade acadêmica não seria correto introduzir este assunto sem antes estabelecer uma importante cisão de conceitos entre os termos *liberal* e *neoliberal*. Normalmente os cursos jurídicos em geral fazem referência ao Estado Liberal para o introduzir na “*linha histórica do passeio do pêndulo*”, demonstrando que as tendências políticas de sustentação do Estado – liberais, sociais, regulatórias – variam de acordo com o momento histórico.

A par do estudo histórico (normalmente acrítico, pouco desenvolvido e relegado a um pequeno item nos manuais e cursos jurídicos) temos poucas, porém poderosas manifestações de literatos jurídicos de peso a respeito dos influxos (neo)liberais no arranjo jurídico e político das nações.

Em brevíssimas linhas, é preciso reconhecer que o Estado Liberal, por meio dos seus clássicos defensores (Locke, Montesquieu, Kant, Adam Smith, Humboldt, Constant, Stuart Mill, Tocqueville etc), sempre pugnou pela *defesa da liberdade*.

Este, aliás, é o legado positivo desse fenômeno histórico¹⁹: o engrandecimento das liberdades individuais frente à onipotência do Estado, o que resultou no reconhecimento dos direitos fundamentais individuais em constituições mundo afora. Esta postura, aliás, se mostrou perfeitamente coerente em face dos principais articuladores do movimento (*burguesia*) e do momento histórico enfrentado (*absolutismo*). As ideias de *Estado mínimo*, refratário às grandes interferências no ambiente social e

¹⁹Referimos o liberalismo como um fenômeno histórico, mas há quem o encare como um ramo filosófico, outros o compreendem como parte da ciência política e ainda há quem só vislumbre teorias econômicas em seu âmago.

relegado ao essencialmente público²⁰, governando o mínimo possível, ganharam ressonância. Interessante ainda notar que a obstinação dos liberais para com aquilo que hoje chamamos de *direitos fundamentais de 1ª geração*²¹ se deu porque seus entusiastas (burguesia), já possuidores de direitos sociais e independentes, portanto, da rede pública de serviços, apenas ansiavam a menor interferência estatal em suas vidas.

Estas noções já são suficientes para chegarmos ao ponto proposto. Perceba-se que, sem embargo da defesa intransigente da redução do tamanho e atuação estatais, os liberais de escola jamais negaram o Estado. Ao contrário. Estabeleceram a conduta mestre do *laissez-faire* e imputaram ao Estado aquilo que entenderam como necessário para a manutenção da ordem.

²⁰ Marcondes faz um interessante apanhado do que *Stuart Mill*, um dos maiores propagadores do liberalismo econômico, entende como funções típicas do Estado, como exceções à regra geral do *laissez-faire*: questões referentes à educação, aos monopólios naturais, intervenções para dar efetividade aos contratos privados, assuntos relacionados à caridade pública, assuntos nos quais claramente preponderam interesses nacionais e o socorro aos indigentes. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da Constituição Federal, 1ª ed., p. 141). Já Bobbio, por sua vez, relembra que Adam Smith impunha ao Estado apenas três deveres de grande importância: “a defesa da sociedade contra os inimigos externos, a proteção de todos os indivíduos das ofensas que a ele possam dirigir os outros indivíduos, e o provimento das obras públicas que não poderiam ser executadas se confiadas à iniciativa privada” (BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, 6ª ed., p.23).

²¹ Bercovici expõe, com fatos históricos, a repulsa dos liberais em relação à promoção dos direitos sociais pelo Estado: “Na argumentação dos liberais, como Laboulaye, os direitos deveriam proteger a liberdade, a família e a propriedade. O direito à instrução e o direito ao trabalho seriam, portanto, falsos direitos. Tocqueville, em discurso pronunciado na assembleia constituinte, afirma que o objetivo da inclusão do direito ao trabalho no texto constitucional é a implementação do socialismo, que, em sua opinião, é o oposto da democracia. A revolução de fevereiro de 1848 deveria ser a continuação da Revolução Francesa, uma revolução cristã e democrática, não socialista” (BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo, 2ª ed., p. 212).

Diferentemente, o neoliberalismo trabalha em outras bases.

O elemento “*neo*” remete a um extremismo exacerbado que deságua na própria negação do Estado. Um capitalismo totalitário. Sua caracterização consiste na *aversão à atuação estatal*. Para os seus partidários, parte-se da premissa absoluta de que o Estado trabalha mal, porque ineficiente por natureza, motivo pelo qual deve desfiar o mínimo possível de atuação.

Seus pontos-chave são (1) a eliminação quase total da esfera pública por meio de amplos planos de privatizações, (2) a desregulação da economia e dos mercados domésticos e (3) gasto social mínimo, com forte corte no seguro social²² e flexibilização das relações trabalhistas. Historicamente atribui-se a irrupção desse movimento a *Milton Friedman*, professor economista da *Escola de Chicago* que ganhou fama mundial ao assessorar diretamente o ditador chileno *Augusto Pinochet* na década de 1970. A Escola de Chicago ganhou fama por advogar as teses neoliberais, formando economistas – os chamados “*Chicago boys*” - nessa diretriz²³.

Em síntese, o liberalismo está aferrado a pressupostos que remetem ao Estado mínimo, sem negá-lo. Por outro lado, sua face extremada e radical, o neoliberalismo, sente repulsa pela atuação estatal e, mais do

²²O neoliberalismo tinha o franco objetivo de dismantelar o Estado social, seja privatizando-o (a revolução Reagan-Thatcher), seja delegando suas tarefas (a “Grande Sociedade” do Reino Unido e os “mil pontos de luz” de Bush), seja eliminando completamente tudo o que resta de bem-estar social ou desconstruindo o Estado administrativo (o objetivo de Steve Bannon para a presidência de Trump)” (BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo – a ascensão da política antidemocrática no ocidente, 1ª ed., p. 39).

²³ Coerentemente, Paulo Guedes, atual Ministro da Economia e com passagem pela Escola de Chicago, clama pela privatização em massa das estatais brasileiras, sem qualquer outra ponderação levando em consideração o peculiar desenho brasileiro. Apenas sua crença férrea na teoria neoliberal. Além disso, propõe um ataque feroz ao regime constitucional dos servidores públicos, encabeçando projetos legislativos desse viés. Eis um exemplo atual de um típico *pacote neoliberal*.

que diminuir seu campo de atuação, quer subjulgá-lo a quase nada²⁴.

Reputamos que a teoria liberal não ganha eco na Constituição brasileira, já que esta imantou o Estado erguido em 1988 com um evidente viés prestacional de serviços, além de prever com minúcia as diversas gerações de direitos fundamentais e garantir um seguro social – ao menos na sua origem – forte. Com mais razão, por óbvio, não se concebe a recepção da ideologia neoliberal, sob pena de negação das aspirações mais comezinhas de nossa Constituição Federal²⁵.

3.1. A onda neoliberal

Conforme exposto, acredita-se que o Estado brasileiro vigente deve ser alocado no modelo que se convencionou chamar de *Estado do bem-estar social*. Nesta medida, o Estado possui papel ativo consistente, seja investindo em direitos sociais, seja garantindo um seguro social forte, seja ainda atuando subsidiariamente na economia para confortar os cidadãos consumidores. Neste último aspecto, por exemplo, avulta a importância das sociedades estatais, cujo mandato público imprime

²⁴ José Saramago, que sempre se autoproclamou um cidadão antes do escritor, acentuou que “com o neoliberalismo econômico, certas alavancas que o Estado detinha para agir em função da sociedade praticamente desapareceram” (As palavras de Saramago – catálogo de reflexões pessoais, literárias e políticas, 1ª ed., p. 390).

²⁵ Em crítica bastante apaixonada, como é de seu estilo, Paulo Bonavides sentencia que “essa singular bastardia de globalizadores e neoliberais adota a estratégia de impugnar a soberania, desnacionalizar o cidadão e o capital, privatizar o mercado e as empresas públicas, transformar os exércitos em corporações policiais, anular a legislação e a justiça do trabalho, revogar o compromisso social com as massas e, finalmente, fazer a Carta Magna flexível – depois de plebiscitada, reformada e vilipendiada – a medida provisória da submissão, numa sociedade onde já se terá transitado do País constitucional ao País neocolonial” (BONAVIDES, Paulo. Do País constitucional ao País neocolonial – a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional).

justamente uma vocação para cumprimento de múltiplos objetivos republicanos.

No entanto, e não obstante uma análise séria e sistemática dos capítulos constitucionais não deixar grandes margens a dúvidas sobre todo o afirmado, é certo que o Brasil e o mundo atravessam, novamente, um momento histórico de *overdose neoliberal*²⁶.

Em seu mais recente livro, o grande professor, jurista e juiz titular de vara fazendária em São Paulo, Luiz Manuel Fonseca Pires, expõe os caracteres básicos de um Estado Neoliberal:

Podem ser resumidas as seguintes características de um Estado de Direito Neoliberal: (i) não se vê o mercado como um dado natural e a economia como uma ciência natural, tal qual se pensava no século XIX, mas sim a atividade econômica como uma realidade construída, e para isto requer a intervenção ativa do Estado para estimular (i.1) a máxima concorrência e (i.2) a ideia de empresa como modelo de subjetivização, é dizer, cada indivíduo deve identificar-se e posicionar-se em seu âmbito profissional como uma empresa, um empreendedor, mesmo que na realidade haja uma distinção evidente de quem detém a titularidade do meio de produção e quem oferece a força de trabalho; (ii) o Estado deve submeter-se à mesma lógica de concorrência e do modelo de empresa, tornando-se, ao máximo, uma

²⁶ Acreditamos, na linha de alguns escritores (notadamente Levitsky, Ziblatt e Runciman), que o espectro neoliberal assola novamente o mundo atual em razão das democracias sociais não terem entregado tudo o que prometeram aos seus cidadãos. Isto se tornou uma fonte de ressentimentos que, à evidência, os neoliberais souberam capitalizar em seu favor.

“sociedade de direito privado”, o que implica (ii.1) fugir para o direito privado com a redução máxima de serviços públicos, licitações e concursos públicos, e (ii.2) mínima participação na regulação estatal de atividades econômicas.²⁷

O mesmo autor prossegue, após apontar os acima citados elementos básicos que constituem a doutrina neoliberal, com a repercussão prática desse ideário:

Alguns exemplos desta racionalidade neoliberal permitem entender os seus pressupostos teóricos e algumas consequências práticas: (i) a privatização de presídios, a lógica de quantos mais presos maior a renda do parceiro privado responsável pela gestão do presídio torna-se um fator impositivo nesta equação, o que afeta diretamente o desenho de políticas públicas criminais como a defesa do menor encarceramento, incompatível com a parceira público-privada; (ii) projetos e reformas legislativas que pretendam afastar a Administração Pública do regime jurídico administrativo, a exemplo de aumentar as situações de dispensa de licitação (a), dispensa de concursos públicos (b), ou eliminar a estabilidade de cargos efetivos (c) como se essa prerrogativa não fosse essencial ao interesse da sociedade para preservar a atuação de agentes públicos da ingerência de pressões das instâncias políticas; (iii) a desregulação do Estado de atividades privadas, o que se denomina na atualidade de “uberização

27 PIRES, Luis Manuel Fonseca. A usurpação da soberania popular, 1ªed., p.92.

do trabalho”, a ideia de que cada sujeito, “dono de si” (do seu horário, do seu planejamento, do seu instrumento de trabalho), uma “empresa-individual”, um “empreendedor” em “máxima concorrência” com outros em igual condição, encontra-se melhor e mais realizado porque está livre das amarras de intervenções estatais nas relações profissionais.²⁸

Muitos sustentaram que o engodo neoliberal teria sido enterrado com pá de cal após tantas desventuras provocadas mundo afora. Enganaram-se. É que a história dos homens é cíclica. Ao contrário do engenho tecnológico humano, que só angaria maravilhas e avanços espetaculares e que enchem os corações dos homens de esperança por um mundo melhor, as ciências sociais e comportamentais não se projetam numa ascendente; ao contrário, há idas e vindas, progressos e retrocessos, erros e acertos, e tudo se repete. Eis o que a doutrina jurídica costuma denominar de *“ida e volta do pêndulo”*: as posturas de Estado variam de acordo com os sabores governamentais e os programas vencedores das urnas.

Para o estudioso das ciências jurídicas e sociais caberá a crítica, jamais a perplexidade ou resignação. E as críticas à política pública de natureza neoliberal devem ser colocadas e pautadas com seriedade, apontando-se a manifesta incongruência dessa ideologia com os ditames constitucionais atualmente vigentes. A ideologia constitucional deverá imperar. E isto é um trabalho de todos: dos juristas, dos legisladores e dos administradores públicos.

3.2. A propaganda e a opinião pública

²⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. A usurpação da soberania popular, 1ªed., p.92/93.

A questão que inquieta, que perturba a mente daqueles que se debruçam sobre o manancial constitucional brasileiro, é saber como a teoria neoliberal, que escancaradamente descolore o sentimento constitucional, possui tamanha penetração a ponto de subverter as regras do jogo e fazer imperar sua ideologia.

Pior: não bastasse o descompasso ideológico do neoliberalismo com a Constituição de 1988²⁹, é certo que historicamente aquela teoria tem fracassado vertiginosamente por onde passou. Os exemplos são inúmeros e o fato é excelentemente sintetizado por Eros Grau:

As conclusões de Perry Anderson, em texto no qual faz um balanço do neoliberalismo, são expressivas: “Economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples ideia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, tem de adaptar-se a suas normas.”³⁰

²⁹ Para Eros Grau, “a substituição do modelo de economia de bem-estar, consagrado na Constituição de 1988, por outro, neoliberal, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170” (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 19ª ed., p. 44).

³⁰ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 19ª ed., p. 49.

Pois bem. Diante de um cenário desastroso como esse, é surpreendente que esta teoria – ou melhor dizendo, um verdadeiro *plano de ação*³¹ – ainda enfeite tantos, em tantos setores e segmentos da sociedade. Como isso é possível?

A resposta para a indagação não é difícil de encontrar. Da mesma forma que um produto estruturalmente ruim ou medíocre pode ser “embalado” de forma sofisticada e assim ser vendido como se fosse algo mais valioso do que efetivamente é, o neoliberalismo sempre investiu maciçamente em sua própria propaganda. Aliás, este é seu grande trunfo propagandístico: *tudo aquilo que não se afine com os postulados neoliberais estaria fadado ao fracasso*. A lógica neoliberal quer impor a todos que só existiria esse único caminho no mundo contemporâneo.

Trazendo estas reflexões para perto, parece verdadeiro afirmar que as sociedades estatais e os serviços públicos atualmente não gozam de boa aparência perante a opinião pública por duplo motivo: primeiro, porque os trabalhadores são empregados públicos, incluindo-se no grande gênero dos agentes públicos. Esta classe está, sem nódoa de dúvida, sob ataque da artilharia neoliberal, e “coincidentemente” – as aspas tencionam dar o ar irônico cabível à espécie – passou a ostentar péssima reputação perante a opinião pública. Em segundo, as atividades

³¹ Concordamos inteiramente com Ricardo Marcondes Martins neste sentido: “Tenho enfatizado que a teoria neoliberal é viciada: ela não consiste numa elaboração teórica sincera, mas num plano de ação. O real intento dos neoliberais sempre foi o lucro de certos agentes econômicos; eles sempre estiveram preocupados em “obter mais dinheiro”. Não obteriam êxito pela sinceridade, não poderiam dizer: “Queremos enriquecer nossos clientes”. Para conseguir seu intento, elaboraram uma teoria: “Acreditamos que o interesse público será mais bem atendido se nossos clientes prestarem diretamente as atividades que hoje são prestadas pelo Estado”. Puro exercício de poder econômico por meio de uma postura ínsita ao exercício do poder: a dissimulação. Por isso, do ponto de vista científico a teoria neoliberal não é séria” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional, 1ª ed., p. 64).

desempenhadas pelo Estado são tidas genericamente como um entulho de outros tempos, grandes elefantes brancos que merecem o sacrifício em favor de um Estado mais ágil e moderno.

A conotação negativa é amplamente divulgada pelos agentes de governo, por praticamente toda a mídia escrita e falada e, ao cabo, está na boca dos cidadãos. Em resumo: a opinião pública é significativamente desfavorável ao desempenho e à própria existência dos serviços públicos.

Este fenômeno, que pode ser erigido a uma verdadeira *Teoria da Opinião Pública*, foi muito bem estudado pelo Prof. Paulo Bonavides.

No último capítulo de seu excelente livro *Ciência Política*, é elaborada uma sofisticada síntese de vários pensadores que já se debruçaram sobre o tema. As abordagens catalogadas demonstram desde posições mais neutras (como *Jellinek*, para quem a opinião pública apenas externava o ponto de vista da sociedade sobre assuntos públicos) a outras posições que cultuavam o tema (*Hegel*, por todos estes, colocava a opinião pública como um princípio substancial de justiça). *Marx*, numa linha diferente, vislumbra a feição negativa do assunto, já indiciando que a opinião pública poderia ser “criada” por aquilo que ele mais desprezava: a burguesia liberal de sua época.

Parece-nos que, com o ingresso do mundo no tempo das *sociedades de massa*, a opinião pública pode muito mais facilmente ser manipulada e domesticada. Não é um disparate pensar que, hoje, a opinião pública se fundiu com o conceito de propaganda; ou seja, o detentor do meio propagandístico tenta, por meio dos atuais recursos tecnológicos e sem maior compromisso com a verdade ou o balizamento científico apropriado, dominar o público com estratégias tipicamente publicitários. Quem capta a opinião pública para qualquer fim – inclusive político – não está interessado em saber *o que* o povo efetivamente aspira ou pensa, mas *o que ele deve* aspirar e pensar.

A conclusão de Bonavides vem perfeitamente a calhar:

Os jornais, as estações de rádio e televisão, a internet, seus redatores, seus colaboradores, seus comentaristas, escrevendo as colunas políticas e sociais, programando os noticiários, preparando as emissões radiofônicas, fazendo os grandes êxitos da televisão, constituem os veículos que conduzem a opinião e a elaboram (quando não a recebem já elaborada, com a palavra de ordem que “vem lá de cima”), pois as massas, salvo parcelas humanas sociologicamente irrelevantes, se cingem simplesmente a recebê-la de maneira passiva, dando-lhe a chancela de “pública”. Essa opinião, filha da propaganda, caracteriza o século, sob o império das massas.³²

Ciente deste panorama, não é de se estranhar as empresas estatais, servidores públicos e a atividade estatal em sentido amplo, bombardeadas de todos os lados por aqueles que efetivamente moldam a opinião pública, sejam tão menoscabadas no seio popular.

3.3. Espaços vazios sempre são ocupados

As sociedades estatais estão relegadas a um estudo lateral do Direito Administrativo, o qual se ocupa muito mais da forma, não do conteúdo. De igual sorte, o tema dos servidores públicos é visto de forma superficial: além das múltiplas regras que constituem seu regime próprio, seria preciso mais: revelar, p. ex., qual o sentido de se atribuir a estabilidade a eles.

³²BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 26ª ed., p. 500.

O resultado deste desinteresse é evidente: o cientista jurídico emerge de seu bacharelado sem dominar o sentido profundo desses conteúdos, atendo-se tão somente aos aspectos formais que informam essas importantes figuras jurídicas. Compreensivelmente não se sente à vontade para estudar/gerir/criticar/opinar sobre, por exemplo, a gênese das sociedades estatais. Por conseguinte, a opinião pública acaba sendo formada pelos pareceres de jornalistas, economistas e cientistas políticos.

E isto, não raras vezes, depreda estes tão caros institutos jurídicos.

O *jornalista*, muito preocupado com a porção diária de notícias e sem formação jurídica, não tem condição plena para estudar um tema tão complexo e, assim, emitir opiniões com base técnica razoável. Aliás, quando o assunto diz respeito, por exemplo, às estatais, o jornalista se apega aos “ensinamentos” provenientes de outras ciências que não o Direito, exatamente pelo vácuo jurídico existente sobre a matéria. Tudo isto, afivelado ao imaginário próprio de cada jornalista, fatalmente implicará em opiniões desconcertadas, quando não em puros achismos e palpites.

De outra parte, os *economistas* são muito demandados pela mídia para opinar sobre as atividades diretas e indiretas do Estado. O desastre, aí, é catastrófico. Ora, economistas, ao cabo de tudo, estudam como otimizar um capital escasso de forma eficiente. Em geral não possuem formação básica para definir com acerto o trato que uma sociedade estatal merece do ponto de vista estratégico e/ou político. Não vemos, em mídia escrita ou falada, um debate aprofundado sobre as dimensões – que permanecem ocultas para a opinião pública – desse debate. Para eles o raciocínio é simples e pragmático: estatais e serviços públicos que geram prejuízo ou não atingem percentuais de lucro típicos do mercado devem ser extintos ou privatizados, tudo para gerar caixa para a Administração.

Os *cientistas políticos* brasileiros, com raras exceções, não diferem dos jornalistas em geral. Munidos de impressões

pré-fabricadas, desfilam opiniões populistas que, por vezes, agridem severamente o sistema jurídico brasileiro. De novo sobre as empresas estatais – alvo preferido-, o combo mitológico de considerações já vem pronto: não se justificariam mais nos presentes tempos; só acarretariam prejuízo sem lucro algum; a corrupção enraizada aconselha a extinção em massa; seriam meros cabides de empregos etc. O mesmo discurso é diariamente aplicado aos servidores públicos.

Note-se o efeito em cascata disto tudo: as estatais e os serviços públicos só poderiam ser contempladas na sua magnitude pela ciência jurídica, porém são por ela escanteadas. Por se tratar de uma relevante pauta social, a opinião pública é convocada ao debate, e dado o desinteresse jurídico sobre o tema, profissionais de outras áreas são intimados a prestarem seus esclarecimentos, e o fazem deformadamente, conforme exposto acima. É um encadeamento bastante lógico. Diante do vácuo científico sobre a matéria, outras áreas – a Economia de forma bastante expressiva - procuram preencher o espaço vazio, daí as impropriedades que envenenam a opinião pública e, não raras vezes, o próprio operador do Direito.

3.4. O pragmatismo jurídico

Credita-se às universidades estadunidenses o desenvolvimento do conhecido movimento usualmente chamado “*Direito e Economia*”, o qual assenta suas bases teóricas na escola jusfilosófica do *pragmatismo jurídico*. A intenção é, obviamente, promover uma aproximação científica entre esses dois ramos do conhecimento humano e, assim, encontrar possíveis novos caminhos diante de um mundo cultural e economicamente globalizado.

O tema é fascinante porém muito extenso, de sorte que aplicaremos o corte naquilo que interessa diretamente à frutificação deste trabalho: há um espesso pensamento jurídico guiado pelo *pragmatismo jurídico econômico* que, se

aplicado ao tema dos serviços públicos em sentido amplo³³, produzirá uma série de conclusões que, ao nosso ver, não se mostram corretas. Porém, antes de desafiar esse debate, convém traçar um brevíssimo roteiro sobre as bases da *teoria pragmática*.

O pragmatismo jurídico, que tem pretensão em se transformar numa Teoria Geral do Direito, finca suas hastes de sustentação em dois grandes eixos: o *consequencialismo* e o *antifundacionalismo*. Pelo primeiro, significa dizer que o jurista pragmático deverá resolver as questões visando o melhor para o futuro da comunidade, maximizando o bem-estar médio dos cidadãos e a eficiência econômica. Já a concepção antifundacionista remete à ideia de que a fundamentação das decisões do pragmático se apoiarão na intenção de edificar a comunidade com progresso, numa crença de que a solução buscada deverá ser aquela que produzirá prosperidade econômica para o maior número de pessoas.

Condensando estas assertivas, dirá Dworkin que “alguns juristas que se autodenominam pragmatistas querem apenas dizer que são indivíduos práticos, mais interessados nas reais consequências de decisões políticas e jurídicas específicas do que em teorias abstratas.”³⁴

Em outras palavras, o pragmático utiliza o Direito como meio para justificar os fins alvejados. Quer ver resultados. Além disso, diz-se *eclético* (sem ideologias, já que a solução mais satisfatória será aquela que potencializará o progresso, independentemente do caráter ideológico); *contextual* (significando o desapego pelas práticas já vividas, porque o contexto muda a todo instante) e principalmente *antiformalista* (o julgador pragmático não precisa se sentir constrangido pelos precedentes judiciais, tampouco ficará preso à lei escrita: poderá adequar a norma jurídica à

³³ De fato, não é raro ouvir de instâncias governamentais que a questão das estatais deve ser tratada de forma *pragmática*. Daí a relevância de levantar a teoria do pragmatismo e criticá-la.

³⁴ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga, 1ª ed., p. 53.

realidade – mediante uma interpretação plastificada – se necessário for para atingir os fins almejados).

Certamente com fundamento nessas fórmulas de pensar e aplicar o Direito, um jurista poderia desconsiderar a relevância das atividades estatais alegando que (1) Estado forte seria coisa do passado (elemento pragmático contextual); (2) as sociedades estatais não dão lucro, dão lucro escasso ou somente dão prejuízo (elemento pragmático econômico); (3) as instituições estatais são um antro de corrupção e cabides de emprego, logo deveriam ser extintas ou diminuídas (elementos pragmáticos eclético e antiformalista); (4) a venda indiscriminada das estatais e a privatização de serviços públicos proverá o erário de lucros incríveis e o salvará dos problemas fiscais (elementos pragmáticos econômico e contextual).

Parece-nos, e aqui seguimos fortes em *Dworkin*, que o pragmatismo jurídico, com o devido respeito, em verdade se traduz num movimento anticientífico. A aludida aproximação com a Economia, ao contrário de proporcionar maior rigor sistêmico e acadêmico, desmoraliza a sólida *Teoria do Direito* para se render a juízos preguiçosos de melhor adequação social das decisões. Há uma verdadeira subversão de valores que implica, inclusive, em afronta à tripartição dos poderes, uma vez que o jurista se parecerá muito mais com um *administrador* do que com estudioso do sistema.

Dar vazão ao pensamento pragmático no Direito, além de depreciar a tripartição dos Poderes, ampliaria a discricionariedade dos juízes a um nível espetacular, dando-lhes poderes inclusive para, na prática, negar vigência ao texto legal e conferir a solução que julgar mais economicamente adequada ao fato – o que, sem dúvida, poderia ofender direitos das minorias e toda sorte de direitos fundamentais. Mais: a utopia de se decidir da melhor forma possível para a comunidade de acordo com o contexto social atual não possui qualquer tese científica séria; ou seja, não há base teórica alguma que possa guiar o aplicador da lei nessa

direção senão suas próprias convicções pessoais. Por fim, proclamar-se como uma teoria eclética, despida de qualquer ideologia, é altamente enganoso, conforme esmiuçamos nas linhas introdutórias deste ensaio.

Para arrematar, trazemos a transcrição do pensamento de *Ronald Dworkin* a respeito, ao qual nos filiamos integralmente. Apesar de longa, merece ser transcrita porque não poderíamos colocar de melhor forma:

No direito acadêmico, ela [a versão mais influente do pragmatismo] defende que qualquer pessoa com poder político deve usar esse poder para tentar tornar as coisas melhores de qualquer maneira possível, dada sua posição institucional e seu grau de poder. Desse ponto de vista, qualquer preocupação que os juízes poderiam demonstrar quanto à veracidade das proposições de direito é uma digressão inútil do objetivo que eles deveriam perseguir com total determinação, ou seja, o aperfeiçoamento de sua comunidade política. (...). Toda a parafernália da teoria do direito tradicional é levada de roldão pelos novos ventos dos cálculos instrumentais que se voltam para o futuro e para os quais os meios justificam os fins. (...). Ao longo de minha discussão das teorias de Posner, afirmo que sua forma de pragmatismo não dá em nada, é vazia, pois embora ele insista em que os juízes devem decidir seus casos de modo a produzirem as melhores consequências, não especifica de que modo esses juízes devem decidir quais são essas melhores consequências. (...) Muitos juristas do meio acadêmico norte-americano, que hoje orgulhosamente intitulam-se

pragmatistas, ficariam constrangidos se tivessem de adotar uma teoria verdadeira, e não apenas mera retórica.³⁵

Consideramos, portanto, que a abordagem pragmática do Direito não deve ser acolhida como uma *teoria geral*, dadas as ostentatórias incompatibilidades com o sistema constitucional brasileiro.

Ainda assim já há fortes penetrações do *pragmatismo* neste país, mormente pelos adeptos dos teoremas neoliberais. De fato, o pragmatismo serve muito bem ao ideário neoliberal, especialmente quando se apela à aproximação entre economia e direito, como modo de justificar a extrema redução do aparato estatal.

3.5. O elogio à teoria

Este artigo foi dedicado à ideia de que não existe outro meio senão o *árduo estudo teórico científico-jurídico* do direito brasileiro e suas matizes ideológico-constitucionais para bem compreender o Estado Brasileiro plasmado na Constituição de 1988. A desmistificação de que o Estado sempre atua mal e deve sempre render espaço à iniciativa privada (porque ela seria sempre mais eficiente) é um esforço que merece ser levado adiante³⁶.

³⁵ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga, 1ª ed., p. 35-36.

³⁶ O Estado, em verdade, sempre foi o indutor do progresso tecnológico. A esse respeito: “Sim, a maioria das inovações radiciais, revolucionárias, que alimentaram a dinâmica do capitalismo – das ferrovias até a internet, até a nanotecnologia e farmacêutica modernas – aponta para o Estado na origem dos investimentos empreendedores mais corajosos, incipientes e de capital intensivo. Todas as tecnologias que tornaram o Iphone de Jobs tão inteligente (Smart) foram financiadas pelo governo (internet, GPS, telas sensíveis ao toque e até o recente comando de voz conhecido como SIRI). Tais investimentos radicais – que embutiam uma grande incerteza – não aconteceram graças a investidores capitalistas ou “gênios” de fundo de quintal. Foi a mão visível do Estado que fez essas inovações acontecerem. Inovações que não teriam ocorrido se ficássemos esperando que o

Para tanto, um importante primeiro passo seria dado se a literatura jurídica se aprofundasse sobre a questão da ideologia constitucional. Acreditamos que se os *courses* que acompanham os estudantes de Direito nos bancos universitários – e para toda a vida – contivessem um aprofundamento substancial do tema, passaríamos a ocupar um espaço que é da ciência jurídica – não da política, muito menos da econômica. E isto geraria, a longo prazo, uma mudança de paradigma nos meios de comunicação, com juristas opinando sobre estatais, serviços públicos e servidores, ao revés de representantes de outras ciências. E aí a opinião pública, por conseguinte, caminharia numa direção mais saudável.

O conhecimento humano deve sempre evoluir. Isso significa adensar cada vez mais suas bases científicas. Com o Direito não é diferente. As teorias jurídicas de cada ramo, a *Teoria do Direito* baseada em pressupostos de integridade e rigor doutrinário e pretoriano, tudo deve estimular o jurista a viver num círculo virtuoso próspero, sem descuidar de suas bases científicas. Nossa crítica ao pragmatismo jurídico – que encaramos como um modelo antiteórico – revela exatamente a preocupação em não desnortear o estudo teórico do direito, o que acabaria por rebaixar a ciência jurídica ao puro *casuismo*. Casuismo não é ciência.

É altamente desestimulante conviver com metáforas³⁷ e discursos tão mal elaborados e tão pobres de conteúdo que deveriam ser rejeitadas *prima facie*, mas que acabam ganhando aguda ressonância nas mídias e nos

“mercado” e o setor comercial fizessem isso sozinhos – ou que o governo simplesmente ficasse de lado e fornecesse o básicos” (MAZZUCATO, Mariana. O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público VS. Setor privado, 1ªed., p. 26).

³⁷ Novamente concordamos com Ronald Dworkin. Metáforas não possuem boa aplicabilidade no Direito. É melhor significar as coisas como elas realmente são: “embora as metáforas tenham seu encanto, na teoria do direito elas têm sido mais substitutos do que estímulos ao pensamento, e o melhor a fazer é nos livrarmos delas o mais rapidamente possível assim que elas apareçam” (DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga, 1ª ed, p. 74-75).

meandros jurídicos. “Deve-se encarar a Ordem Econômica do país como o orçamento de casa: não se gasta mais do que se ganha”, como se uma estatal deficitária jamais merecesse o sustento estatal. “A empresa estatal deve ser gerida como se fosse uma empresa privada para ter eficiência”, como se a sociedade estatal não envergasse um mandato público para realizar os objetivos da República. “A estabilidade dos servidores é um privilégio de uma casta favorecida”, como se a estabilidade não funcionasse como uma fundamental proteção contra a corrupção. São falsas diretrizes que vão causando sérias erosões no inconsciente popular e jurídico.

Modismos e mitos podem ser refutados com comprovação científica séria. Teoria jurídica não é opressão, tampouco abstração ou a mistura das duas coisas. É trabalho sério e pesado, exigente e comprometido. Ser um cientista é partir de um agudo senso de *humildade*. O cientista sabe que opinar é concluir, e que há um caminho extremamente trabalhoso para se chegar a uma conclusão.

Existem exércitos e legiões de antiteóricos por aí afora. Pragmatistas que se pautam em razões de decidir alheias aos meandros jurídicos, neoliberais travestindo seus interesses privados econômicos como se teorias jurídicas fosse. Devem ser combatidos com o bom combate: com teoria jurídica íntegra, séria, abalizada e forte nos preceitos constitucionais.

4. Conclusões

Tentamos demonstrar aquilo que reputamos ser fundamental para a boa condução das atividades estatais de um país: respeitar a sua particular ideologia consittucional. São os valores, princípios e regras constitucionais que deverão, portanto, inspirar todos os agentes públicos na execução de seus misteres.

O Brasil não se acomoda naquilo que as teorias neoliberais insistem em impor aos quatro ventos. Ao contrário, o Estado desenhado pela Constituição vigente é

presente e forte, não para suprimir as liberdades individuais, mas ao revés, para fortalecê-las: a intervenção estatal funcionará para promover o desenvolvimento nacional e assegurar que os cidadãos tenham condições mínimas para desfrutar de uma vida plena. Isto é claramente o que o Estado brasileiro, guiado pelas aspirações constitucionais, deve ambicionar. Essa é a fisionomia constitucional vigente brasileira.

Convém lembrar ainda que o atual cenário pandêmico corrobora imensamente com a noção de que o Estado é um fator importante para gerir políticas públicas de atendimento à população. Note-se, que, dentro da ótica neoliberal, nada sobriaria – ou muito pouco – ao Estado orquestrar em meio ao caos sanitário, ideia que comprovadamente é falsa. Com efeito, os países que melhor se saíram no combate ao vírus atuaram fortemente para debelar o problema. Ao contrário, países omissos e sem coordenação satisfatória se encontram marginalizados e sofrem com mais agudeza as terríveis e tristes implicações ocasionadas pela pandemia.³⁸

O Direito – e mais de perto o Direito Público- não é uma mera caixa de ferramentas.

³⁸ “As crises que se desdobram da pandemia do Covid-19 expõem com maior intensidade as falácias do neoliberalismo e a violência institucional e estrutural em seu horizonte. O idealizado Estado mínimo é incapaz de atender as necessidades sociais, tanto na saúde, a mais imediata, quanto na assistência social, fomento de atividades econômicas, pesquisas científicas em prevenção de outras patologias.” (PIRES, Luis Manuel Fonseca. A usurpação da soberania popular, 1ªed., p.99).

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Direito administrativo pós-moderno**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

AGUILERA, Fernando Gómez. **As palavras de Saramago: catálogo de reflexões pessoais, literárias e políticas**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 12ª tiragem da 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Pareceres de Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Serviço Público e concessão de serviço público**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BASTOS PEREIRA, Flávio Leão; NOHARA, Irene Patrícia. **Governança, compliance e cidadania**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BEDONE, Igor Volpato. **Empresas estatais e seu regime jurídico**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. 1ª ed. São Paulo: Unesp, 2015.

_____. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. 3ª ed. São Paulo: Unesp, 2011.

_____. **Elogio da serenidade: e outros escritos morais.** 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2011.

_____. **Liberalismo e democracia.** 11ª reimpr. da 6ª ed. de 1994. São Paulo: Brasiliense, 2013.

_____. **O futuro da democracia.** Uma defesa das regras do jogo. 14ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. **Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Do País Constitucional ao País Neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no Ocidente.** 1ª ed. São Paulo: Filosófica Politeia, 2019.

CAMMAROSANO, Márcio; HAGE HUMBERT, Georges Louis. **Direito público: estudos e pareceres.** 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da República no Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

_____. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 19ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes [et al] (coordenadores). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. 3ª tiragem da 1ª ed. de 2010. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

_____. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2ª tiragem da 2ª ed. de 2009. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

_____. **Levando os direitos a sério**. 5ª tiragem da 3ª ed. de 2010. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

_____. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Lições de direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz [et al] (coordenadores). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7ª ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria Jurídica da Liberdade**. 1ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. **Fundamentos de direito público**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo**

brasileiro. 2ª tiragem da 1ª edição de 2012. São Paulo: Atlas, 2016.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Estatais: estatais no mundo; histórico no Brasil; regime jurídico; licitações; governança; casos: BNDES, Caixa, Petrobrás, Embrapa e Sabesp; setores estratégicos para o desenvolvimento; funções do Estado capitalista contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PIKETTY, Thomas. **Às urnas, cidadãos!: crônicas 2012 – 2016**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Estados de exceção: a usurpação da soberania popular**. 1ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

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

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª tiragem da 2ª edição de 2014. São Paulo: Malheiros, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOFFOLI, José Antonio Dias [et al] (organizador). **30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Antônio Guimarães (organizadores). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meireles**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2019.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.