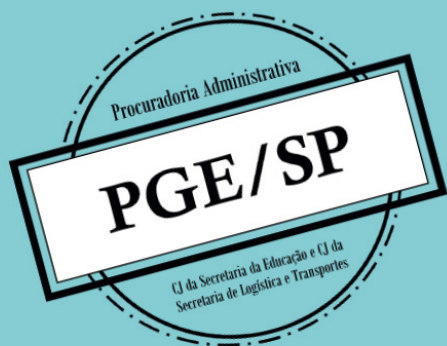




BO

PGE-SP

VOLUME 45 | NÚMERO 5
SETEMBRO/OUTUBRO 2021

LE

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

ISSN 2237-4515



BO

PGE-SP

VOLUME 45 | NÚMERO 5
SETEMBRO/OUTUBRO 2021

LE

TIM

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

EXPEDIENTE

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Maria Lia P. Porto Corona

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO ADJUNTA

Claudia Polto da Cunha

PROCURADORA DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Patricia de Oliveira Garcia Alves

SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA-GERAL

Eugenia Cristina Cleto Marolla

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO GERAL

Frederico José Fernandes de Athayde

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

João Carlos Pietropaolo

CORREGEDOR-GERAL

Adalberto Robert Alves *até 07/10/2021*

Anselmo Prieto Alvarez *a partir de 08/10/2021*

OUIDORIA

Regina Maria Sartori

CONSELHO DA PGE

Maria Lia P. Porto Corona (Presidente), Adalberto

Robert Alves (até 07/10/2021), Anselmo

Prieto Alvarez (a partir de 08/10/2021), Bruno

Maciel dos Santos, Eugenia Cristina Cleto

Marolla, Frederico José Fernandes de Athayde,

João Carlos Pietropaolo, Marcio Martins Muniz

Rodrigues, Augusto Rodrigues Porciuncula,

Vinícius Lima de Castro, Alexandre Ferrari Vidotti,

Paola de Almeida Prado, Levi de Mello, Cintia

Byczkowski, Vanderlei Ferreira de Lima

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Bruno Maciel dos Santos

ASSESSORIA

Joyce Sayuri Saito e

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Bruno Maciel dos Santos

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Joyce Sayuri Saito

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Juliana

Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira

Duarte Ferreira, Luis Cláudio Ferreira

Cantanhede, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira,

Rafael Issa Obeid, Telma de Freitas Fontes,

Thamy Kawai Marcos e Thiago Oliveira de Matos

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7005.

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO E PRODUÇÃO GRÁFICA

Tikinet Edição

Procuradora do Estado responsável: Joyce Sayuri Saito

Equipe: Juliana Aguilera do Nascimento Silva

Guedes e Andreluci de Oliveira B. Figueiredo

Créditos: Dandara Colins Carvalho Dias (posts do Instagram – Principais Notícias) e Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira (posts do Instagram – Cursos e Eventos do Centro de Estudos e ESPGE)

Tiragem: Boletim eletrônico

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

SUMÁRIO

• Apresentação	09
• Cursos e Eventos	11
• Principais Notícias	21

Assessoria Técnico-Legislativa do Gabinete do Procurador-Geral

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 6.602/SP. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República visando à declaração de inconstitucionalidade do artigo 180, inciso VII e §§ 1º a 4º, da Constituição do Estado de São Paulo, na redação original e na conferida pelas Emendas Constitucionais nº 23, de 31 de janeiro de 2007, nº 26, de 15 de dezembro de 2008, e nº 48, de 10 de fevereiro de 2020. Em apertada síntese, foram impugnados dispositivos da Constituição estadual que proíbem a alteração da destinação, fim e objetivos das áreas definidas nos projetos de loteamentos como áreas verdes ou institucionais, exceto quando a alteração tiver por objetivo a regularização, observadas as condições impostas pelo constituinte estadual. Sustenta o autor que tais dispositivos afrontariam a autonomia dos municípios paulistas, não havendo espaço para que o estado de São Paulo os proíba de promover a desafetação de loteamentos definidos como áreas verdes ou institucionais. 25

Doutrina

A exigência de prévio requerimento administrativo em ações judiciais sobre saúde pública....41

As novidades da “Nova Lei de Licitação” 57

Medidas de urgência na cooperação jurídica internacional sob a perspectiva do Direito brasileiro 75

APRESENTAÇÃO

Ideias precedem as mudanças. E a habilidade de mudar é o que nos torna melhores a cada dia.

Esse boletim se caracteriza por trazer trabalhos que analisam novas leis ou elaboram novas teses que podem, de início, não agradar a todos, mas que sinalizam a necessidade de mudanças.

Para este número, foram selecionados três artigos jurídicos e informações em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o estado de São Paulo.

Na referida ação, em apertada síntese, foram impugnados dispositivos da Constituição estadual que proíbem a alteração da destinação, do fim e dos objetivos das áreas definidas nos projetos de loteamentos como áreas verdes ou institucionais, exceto quando a alteração tiver por objetivo a regularização, observadas as condições impostas pelo constituinte estadual.

Sustenta o autor que tais dispositivos afrontariam a autonomia dos municípios paulistas, não havendo espaço para que o estado de São Paulo os proíba de promover a desafetação de loteamentos definidos como áreas verdes ou institucionais.

Embora não tenha sido acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, o estado de São Paulo argumentou, baseado em sólida e renomada doutrina, que a definição das áreas verdes e institucionais dos loteamentos é fruto do exercício das competências legislativas e materiais dos próprios municípios paulistas, mas sua alteração está sujeita, todavia, aos limites fixados pelo Constituinte paulista.

Outro trabalho selecionado é um artigo jurídico que trata das medidas de urgência previstas no Código de Processo Civil no âmbito da cooperação jurídica internacional. O texto revela que a lei processual é omissa em relação a uma série de questões sobre o tema e examina os dispositivos do Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América, diploma que se sugere que seja utilizado como inspiração ao legislador brasileiro.

Outro artigo analisa os principais aspectos da “Nova Lei de Licitações” (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), trazendo as efetivas novidades e alterações da

novel legislação, além das consequências positivas e negativas para a Administração Pública nas futuras celebrações de contratos administrativos.

Por fim, consta trabalho que propõe uma conciliação entre o direito subjetivo à saúde e a manutenção organizada do sistema público como um todo, demonstrando que a introdução do acionamento prévio da instância administrativa como condição para a judicialização dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde pode, além de reduzir a litigiosidade, contribuir para a racionalidade do sistema e garantir um atendimento mais efetivo.

Defende que, sendo o Brasil um país de dimensões continentais, a construção de um sistema público de saúde, efetivo e universal, torna-se um desafio da maior envergadura, que demanda sinergia de todos os agentes envolvidos, em um esforço conjunto das três esferas da federação, inclusive da própria sociedade.

Certos de que as ideias aqui expostas trarão inspiração aos leitores para futuras mudanças, desejamos a todos uma excelente leitura!

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior

JOYCE SAYURI SAITO

Procuradora do Estado Assessora

MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado Assistente



PGE na Prática

Mandado de Levantamento Eletrônico

aspectos práticos na área fiscal e no contencioso geral



02 e 16/09
10h
Microsoft-TEAMS



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana ocorrerá o primeiro de dois encontros de treinamento sobre Mandados de Levantamento Eletrônico!

A Procuradora do Estado chefe da PDA, Elaine Motta, e o Procurador do Estado chefe da PJ, Rodrigo Curado, irão apresentar os principais aspectos práticos do MLE na área fiscal e no contencioso geral.

As palestras fazem parte do projeto “PGE na prática” que buscará colaborar para a capacitação dos Procuradores e Servidores da PGE no desempenho de suas atividades.

Participe!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#MLE](#) [#pgenapratica](#)

PGE na Prática

Recursos aos Tribunais Superiores

como otimizar o trabalho?

Palestrantes:

Michelle Najara Aparecida Silva (PGE/SP de BSB)

Leonardo Cocchieri Leite Chaves (PGE/SP de BSB)



08/09

10h

Microsoft-TEAMS



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana será realizado o curso “Recursos aos Tribunais Superiores: como otimizar o trabalho?”.

Capitaneado pelos Procuradores do Estado que atuam em Brasília, Michelle Najara e Leonardo Leite Chaves, o evento faz parte da série “PGE na prática” e procurará expor as principais dificuldades encontradas na atuação nos Tribunais Superiores, bem como responder aos questionamentos dos colegas.

Será uma oportunidade única de troca de experiências e conhecimentos!

Participe!

#pgesp #cepge #tribunaissuperiores

Programa de Aperfeiçoamento e Formação
Continuada dos Servidores da PGE

GESTÃO DE CONFLITOS

Comunicação não violenta e
Justiça Restaurativa

Palestrantes:

Ana Paula Vendramini

Julia Cara Giovanetti



Datas: 09 e 23/09

Horário: 10h

Microsoft-TEAMS



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana terá continuidade o Programa de Formação Continuada dos Servidores da PGE/SP com início do Eixo sobre Gestão de Conflitos.

As Procuradoras do Estado Ana Paula Vendramini e Julia Cara Giovanetti abordarão técnicas de comunicação não violenta e Justiça Restaurativa e seus possíveis usos no dia a dia de trabalho. Os encontros serão nos dias 09 e 23 de setembro e são destinados aos servidores da Procuradoria.

#pgesp #cepge #justicarestaurativa #solucaodeconflitos

Curso de Extensão ESPGE



Aspectos econômico-financeiros dos contratos administrativos

Início em 06/10/2021

Duração: 32 horas (08 aulas)

Quartas-feiras, 08h-12h15

Modalidade online

**Coordenação: Thiago Mesquita Nunes
(Coordenador do Núcleo de PPPs da PGE/SP)**

Público-alvo: Procuradores do Estado de SP, advogados de empresas estatais de SP e advogados públicos de outros entes da federação

Valor: R\$ 400,00 (Público Externo)

Inscrições e mais informações pelo site da ESPGE (link na BIO)



ce_pge_sp Estão abertas inscrições para o Curso de Extensão "Aspectos econômico-financeiros dos contratos administrativos" da ESPGE!

Coordenado pelo Procurador do Estado Thiago Mesquita Nunes, o curso tem como objetivo conferir a advogados públicos conhecimentos básicos sobre os principais conceitos econômico-financeiros relevantes para a compreensão de aspectos essenciais dos contratos administrativos, com ênfase nas Parcerias Público-Privadas e concessões.

As aulas abordarão temas relativos à modelagem econômico-financeira e ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos. O curso será dado em modalidade online, com aulas ao vivo às quartas-feiras, das 08h às 12h15, com início em 06/10.

Foram reservadas 05 vagas para participação de advogados públicos de empresas estatais de SP e advogados públicos de outros entes da federação, com pagamento de parcela única no valor de R\$ 400,00.

Mais informações e inscrições no site da ESPGE (link na BIO). Participe!

#pgesp #espge #contratosadministrativos #economico #financeiro




CICLO DE CAPACITAÇÕES

DIREITO & TECNOLOGIA

O impacto da LGPD no setor público



MIRIAM WIMMER
Palestrante
Diretora da ANPD -
Autoridade Nacional de Proteção de Dados



RODRIGO VALADÃO
Debatador
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

16 SETEMBRO 15H

INSCREVA-SE

SYMPLA.COM.BR





TRANSMISSÃO VIA:
YOUTUBE/FONACE



ce_pge_sp Posted @withregram • @fonace.rede

👉 Vem aí mais um evento dos Ciclo de Capacitações FONACE!

Dentro da vertente Direito e Tecnologia, receberemos a Diretora da ANPD Miriam Wimmer e Procurador do Estado do Rio de Janeiro Rodrigo Valadão para debater sobre:

O impacto da LGPD no Setor Público

📅 data: 16/09, 15h (Brasília)

🔗 Inscrições em <https://www.sympla.com.br/>

📺 Transmissão ao vivo pelo canal do YouTube do FONACE:
www.youtube.com/c/FONACE

Participe e compartilhe!

@pgealagoas
@pgeceara
@pge.pe
@ce_pge_sp
@cejurpge.am
@esappgerj
@cejur_pgm
@pge.rs
@age_mg
@pge_go
@pgetocantins

CICLO DE CAPACITAÇÕES

TGD & FILOSOFIA DO DIREITO

Sociologia da Constituição



**CELSONO FERNANDES
CAMPILONGO**

Professor Titular da USP
Advogado
Palestrante



**ULISSES
SCHWARZ VIANA**

Doutor em Direito pela USP
Procurador na PGE/MS
Debatedor

23 SETEMBRO 15H

INSCREVA-SE

SYMPLA.COM.BR



PGE/MS



PGE/SP

TRANSMISSÃO
/FONACE



ce_pge_sp É AMANHÃ!

Transmissão pelo canal do YouTube do [@fonace.rede](https://www.youtube.com/@fonace.rede)

Posted [@withregram](https://www.instagram.com/withregram) • [@fonace.rede](https://www.instagram.com/fonace.rede) Mais um evento imperdível do [@fonace.rede](https://www.instagram.com/fonace.rede).

Nessa 5ª-feira, dia 23 de setembro, [@ulisses.schwarz](https://www.instagram.com/ulisses.schwarz), da PGE-MS, irá receber o prof. Celso Campilongo ([@faculdade_de_direito_da_usp](https://www.instagram.com/faculdade_de_direito_da_usp)) para uma conversa sobre a "Sociologia da Constituição".

Não percam!

[@pgealagoas](https://www.instagram.com/pgealagoas)

[@pgeceara](https://www.instagram.com/pgeceara)

[@pge.pe](https://www.instagram.com/pge.pe)

[@ce_pge_sp](https://www.instagram.com/ce_pge_sp)

[@cejurpge.am](https://www.instagram.com/cejurpge.am)

[@esappgerj](https://www.instagram.com/esappgerj)

[@pge.am](https://www.instagram.com/pge.am)

[@pgetocantins](https://www.instagram.com/pgetocantins)

[@pge.rs](https://www.instagram.com/pge.rs)

[@pge_se](https://www.instagram.com/pge_se)

[@pge_go](https://www.instagram.com/pge_go)

[@pge_pa](https://www.instagram.com/pge_pa)

[@pge_maranhao](https://www.instagram.com/pge_maranhao)

[@pgern.official](https://www.instagram.com/pgern.official)

[@pgeacre](https://www.instagram.com/pgeacre)

[@pgerrofficial](https://www.instagram.com/pgerrofficial)



TEMAS DE ENGENHARIA

aplicados aos contratos
administrativos

Palestrante:
Geovane Martins (IBDiC e Hect)

Debatedora:
Jéssica Vieira Couto (PGE/SP)

 **30/09**
10h
Microsoft-TEAMS


INSTITUTO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana será realizada a palestra “Temas de Engenharia aplicados aos contratos administrativos” com a participação do engenheiro e advogado Geovane Martins debatendo com a Procuradora do Estado Jéssica Vieira Couto. O evento marcará, ainda, a celebração de parceria entre a PGE/SP e o IBDIC (Instituto Brasileiro de Direito da Construção) que tem como objetivo fornecer capacitação para os Procuradores do Estado de São Paulo que atuam com contratos de obras e serviços de engenharia.

Serão organizadas diferentes palestras que abordarão os temas mais complexos na área e fornecerão as bases necessárias para aprimoramento da atuação dos colegas.

Participe!

#pgesp #cepge #direitodaconstrução #obras #serviçosdeengenharia

Programa de Aperfeiçoamento e Formação
Continuada dos Servidores da PGE

GESTÃO DE CONTRATOS

montando um Processo
Administrativo

Palestrante:

Alexandre Gianechini de Araújo



Data: 07/10
Horário: 10h
Microsoft-TEAMS



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana terá início o eixo “Gestão de Contratos” do Curso de Aperfeiçoamento e Formação Continuada dos Servidores da PGE/SP!

O primeiro encontro versará sobre a instrução dos Processos Administrativos, abordando os principais documentos e procedimentos que devem ser observados.

A palestra será ministrada pelo servidor Alexandre Gianechini de Araújo, com vagas abertas aos servidores da Procuradoria.

Participe!

#pgesp #cepge #processoadministrativo

Programa de Aperfeiçoamento e Formação
Continuada dos Servidores da PGE

GESTÃO DE CONTRATOS

a importância da fiscalização
dos contratos

Palestrantes:

Fabício Contato Resende

Julia Plenamente Silva



Data: 21/10

Horário: 10h

Microsoft-TEAMS



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Em continuação ao eixo de "Gestão de Contratos" do Programa de Aperfeiçoamento e Formação Continuada dos Servidores da PGE/SP será realizada a palestra "A importância da fiscalização dos contratos" no dia 21 de outubro.

O Procurador do Estado Fabício Resende e a Procuradora do Estado Julia Plenamente tratarão do papel do gestor, das formas de apuração de falta pela contratada e do desenvolvimento do procedimento sancionatório.

O evento é restrito aos servidores da Procuradoria.

Participe!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#gestãodecontratos](#)

PGE na Prática

Fazenda Pública nos Juizados Especiais

desafios e procedimento de uniformização

Palestrante:

Arilson Garcia Gil (Procurador do Estado)



26/10

10h

Microsoft-TEAMS



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana como parte da série "PGE na prática" será realizada a palestra "Desafios da Fazenda Pública nos Juizados Especiais e o procedimento de uniformização de interpretação".

O Procurador do Estado Arilson Garcia Gil tratará das principais dificuldades enfrentadas pelos colegas na atuação perante o Jefaz, em um debate sobre formas de atuação e estratégias.

Participe!

#pgesp #cepge #jefaz #juizadoespecial

PRINCIPAIS NOTÍCIAS



O CIRA-SP deflagrou, nesta quarta-feira (22), a Operação Cavalo-Marinho, com o cumprimento de 19 mandados de busca e apreensão nas cidades de São Paulo, Barueri, Osasco, Itupeva, Jundiaí e Mairiporã. Os mandados foram expedidos pela Justiça de Osasco.

A operação é a primeira realizada pelo CIRA-SP (Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos), a fim de subsidiar investigações conjuntas sobre a prática de fraude fiscal estruturada no ramo de embarcações de luxo, organização criminosas e lavagem de dinheiro.

O CIRA-SP é composto por integrantes da Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo (Sefaz-SP), da Procuradoria Geral do Estado (PGE) e do Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO).

O alvo principal da operação é um dos maiores estaleiros da América Latina, responsável atualmente por uma dívida superior a R\$ 54 milhões com o Estado de São Paulo e de aproximadamente R\$ 490 milhões com a União, fruto de contumaz e sistemática inadimplência tributária e uma sofisticada blindagem patrimonial.



pgespoficial Além das instituições integrantes do CIRA-SP, a Operação Cavalo-Marinho conta com a participação da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional na 3ª Região (PRFN3) e com o apoio da Polícia Civil, por meio do Departamento de Operações Policiais Estratégicas (DOPE), e da Polícia Militar.

Os mandados foram cumpridos por 16 promotores de Justiça, 11 servidores do Ministério Público, 45 agentes fiscais de renda da Sefaz-SP, 19 procuradores do PGE, 16 procuradores da Fazenda Nacional, além de 41 equipes das divisões de Captura e Garra da Polícia Civil e de policiais militares do Estado de São Paulo.



ADVOCACIA PÚBLICA EM ESTUDO

A transação tributária é tema de premiação na PGE-SP

Transação tributária tem se consolidado como importante instrumento de resolução consensual de conflitos

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

JOYCE SAYURI SAITO

MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA



ce_pge_sp O artigo de hoje na coluna "Advocacia Pública em estudo" no @jotaflash aborda o instituto da transação tributária, repercutindo a entrega do Prêmio Procuradoria Geral do Estado ao colega Lauro Bezerra Câmara por dissertação sobre o tema. Após muitos anos de desinteresse, a transação tributária passou a ocupar posição de destaque com a edição da Lei Federal 13.988/2020 e da Lei Estadual 17.293/2020, se consolidando como um grande instrumento de resolução consensual de conflitos. Na PGE/SP já são mais de 35 mil adesões aos procedimentos de transação tributária, envolvendo cerca de 237 milhões de reais, conforme relata o artigo, de autoria dos Procuradores do Estado Bruno Maciel dos Santos, Joyce Sayuri Saito e Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira.

Leia mais pelo link disponível na bio!

#pgesp #cepg #jota #transaçãotributária



pgespoficial ⚠ Contribuintes com débitos de ICMS-ST, inscritos ou não em dívida ativa, agora podem parcelar o pagamento em até 60 meses.

📢 A principal novidade trazida pela [@pgespoficial](#) e [@sefaz_sp](#) é a possibilidade de parcelamento, além do ICMS próprio, de valores devidos por substituição tributária (ICMS-ST) - o que era vedado pela norma anterior.

❑ A medida garante aos contribuintes a oportunidade de regularizar sua situação junto ao Fisco paulista, retornando à conformidade fiscal.

pena de responsabilidade do agente que der causa ao atraso; e por fim, presta orientação técnica em matéria disciplinar às unidades administrativas.

Vale lembrar que policiais militares e civis, os Agentes Fiscais de Renda e os Procuradores do Estado não passam por procedimentos disciplinares na PPD, pois possuem suas próprias corregedorias.



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) n.º 6602/SP

ADI AJUIZADA PELO PROCURADOR-GERAL
DA REPÚBLICA VISANDO À DECLARAÇÃO
DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO
180, INCISO VII E §§ 1º A 4º, DA
CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO,
NA REDAÇÃO ORIGINAL E NA CONFERIDA
PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 23,
DE 31 DE JANEIRO DE 2007, Nº 26, DE 15 DE
DEZEMBRO DE 2008, E Nº 48, DE 10 DE
FEVEREIRO DE 2020.

Adriana Mazieiro Rezende

ASSESSORIA TÉCNICO-LEGISLATIVA

São Paulo, 8 de abril de 2021.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 6.602/SP

REQUERENTE: Procuradoria-Geral da República

INTERESSADO: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

Senhora Ministra Cármen Lúcia:

Em atenção ao Ofício nº 413/2021, expedido nos autos da ação direta de inconstitucionalidade em epígrafe, ajuizada pelo **Procurador-Geral da República**, compareço, à presença de Vossa Excelência, na qualidade de **Governador do Estado de São Paulo**, para, com fundamento no artigo 6º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, prestar as **Informações** solicitadas, nos termos a seguir expostos:

I. PRELIMINARMENTE – DA TEMPESTIVIDADE DAS INFORMAÇÕES

A intimação para prestar informações foi realizada por ofício eletrônico entregue em 1º de março de 2021 (fl. 01, e-doc. 15). Assim, e considerando ter sido feriado nos dias 31 de março e 1º a 4 de abril de 2021, conforme o disposto no artigo 62, inciso II, da Lei federal nº 5.010, de 30 de maio de 1966, e no artigo 1º, inciso III, da Portaria nº 4, de 7 de janeiro de 2021, do Diretor-Geral da Secretaria do Supremo Tribunal Federal (doc. 01 – anexo), está demonstrada a tempestividade da presente manifestação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.

II. SÍNTESE DA PETIÇÃO INICIAL

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República visando à declaração de inconstitucionalidade do artigo 180, inciso VII e §§ 1º a 4º, da Constituição do Estado de São Paulo, na redação original e na conferida pelas Emendas Constitucionais nº 23, de 31 de janeiro de 2007, nº 26, de 15 de dezembro de 2008, e nº 48, de 10 de fevereiro de 2020.

Em apertada síntese, os dispositivos impugnados, em sua versão compilada, proíbem a alteração da destinação, do fim e dos objetivos das áreas definidas nos

projetos de loteamentos como áreas verdes ou institucionais, exceto quando a alteração tiver por objetivo regularizar, observadas as demais condições impostas pelo constituinte estadual, (i) ocupação para fins habitacionais, nas hipóteses e condições previstas pelo constituinte estadual; (ii) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originalmente previstos, quando da aprovação do loteamento; (iii) imóveis ocupados por organização religiosas, destinados para suas atividades finalísticas, bem como quando a alteração tiver por objetivo; (iv) a implantação de programas habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

Sustenta o requerente que tais dispositivos afrontam a autonomia dos municípios paulistas e são incompatíveis com o disposto nos artigos 30, inciso I e VIII, e 182 da Constituição Federal que, respectivamente, atribuem aos municípios competência para: legislar sobre assuntos de interesse local; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; e executar a política de desenvolvimento urbano.

A esses argumentos, acrescenta que os artigos 29 e 30 da Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominado de Estatuto das Cidades, facultariam aos municípios, mediante lei própria, a desafetação de áreas verdes e institucionais.

Em consequência, entende não existir

[...] espaço de atuação para que o Estado de São Paulo proíba que os municípios paulistanos promovam a desafetação de loteamentos definidos como áreas verdes ou institucionais, como feito pelo do art. 180, VII, §§ 1º a 4º, da Constituição do Estado de São Paulo em todas as suas redações. (fl. 21, e-doc. 1).

III. BREVE HISTÓRICO E REDAÇÃO VIGENTE DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS

Em sua redação original, o artigo 180, inciso VII, da Constituição do Estado de São Paulo impunha, peremptoriamente, ao estado e aos municípios paulistas o dever de assegurar, no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, que “as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos, alterados”.

No entanto, a Assembleia Legislativa de São Paulo, sensível à necessidade de regularização de áreas urbanas degradadas pela execução irregular de projetos de loteamento, bem como de equipamentos públicos de interesse da coletividade,

e atenta aos princípios da função social da propriedade e da razoabilidade, promoveu alterações no artigo 180 da Carta Paulista que, assim e no que interessa ao deslinde da presente ação, passou a ostentar a seguinte redação:

Artigo 180. No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os municípios assegurarão:

[...]

VII – as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de: (NR)

a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada, ou seja, de difícil reversão; (NR)

b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento; (NR)

c) imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalísticas. (NR) (Inciso VII com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 15/12/2008).

§1º – As exceções contempladas nas alíneas “a” e “b” do inciso VII deste artigo serão admitidas desde que a situação das áreas objeto de regularização esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a realização de compensação, que se dará com a disponibilização de outras áreas livres ou que contenham equipamentos públicos já implantados nas proximidades das áreas objeto de compensação. (NR) (§ 1º acrescentado pela Emenda Constitucional nº 23, de 31/01/2007).

§2º – A compensação de que trata o parágrafo anterior poderá ser dispensada, por ato fundamentado da autoridade municipal competente, desde que nas proximidades da área pública cuja destinação será alterada existam outras áreas públicas que atendam as necessidades da população. (NR)

(§ 2º com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 15/12/2008).

§3º – A exceção contemplada na alínea ‘c’ do inciso VII deste artigo será permitida desde que a situação das áreas públicas objeto de alteração da destinação esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a devida compensação ao Poder Executivo Municipal, conforme diretrizes estabelecidas em lei municipal específica. (NR)

(§ 3º acrescentado pela Emenda Constitucional nº 26, de 15/12/2008).

§ 4º – Além das exceções contempladas nas alíneas do inciso VII deste artigo, as áreas institucionais poderão ter sua destinação, fim e objetivos originais alterados para a implantação de programas habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública. (NR)

(§ 4º acrescentado pela Emenda Constitucional nº 48, de 10/02/2020)¹.

1 O texto compilado da Constituição do Estado de São Paulo está disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao-0-05.10.1989.html>. Na fl. 55 do e-doc. 09 encontra-se a versão do texto da Constituição do Estado indicando as alterações aos dispositivos e a redação vigente, acima transcrita.

IV. MÉRITO – DA CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VII E §§ 1º A 4º DO ARTIGO 180 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

As normas insculpidas no inciso VII e nos §§ 1º a 4º do artigo 180 da Constituição do Estado de São Paulo foram editadas em conformidade com a Constituição Federal, no regular exercício da competência atribuída aos Estados e ao Distrito Federal para editar normas suplementares sobre direito urbanístico, proteção ao meio ambiente e controle da poluição, que lhes foi concedida nos seguintes termos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. (g.n.)

No âmbito das competências legislativas concorrentes, cabe à União legislar sobre normas gerais e, de outro lado, aos estados e ao Distrito Federal editar normas específicas, como prescrevem os parágrafos 1º e 2º do artigo 24 da Lei Maior. Na ausência de normas gerais federais, os estados e Distrito Federal poderão exercer a competência legislativa plena por força do que dispõe o § 3º do mesmo artigo.

Em obra doutrinária a respeito do tema, o Ministro Alexandre de Moraes esclarece que esse modelo de repartição de competências “...consiste em permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação da legislação às peculiaridades locais”².

Quanto aos Municípios, embora não tenham sido contemplados no artigo 24 da Constituição Federal, sua competência para legislar sobre os assuntos elencados em tal dispositivo pode ser extraída do artigo 30, II, da Lei Maior, segundo o qual “competete aos Municípios [...] suplementar a legislação federal e a estadual **no que couber**”.

2 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 341.

Isso significa dizer, de acordo com a melhor doutrina, que a competência suplementar dos municípios encontra-se circunscrita aos aspectos do tema que envolvam o **interesse local**³, sendo-lhes vedado dispor além disso. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva que:

A Constituição não inseriu os Municípios no campo da legislação concorrente estabelecido no art. 24, em cujos parágrafos normatiza sobre a relação entre normas gerais e legislação suplementar. No entanto, admite, no inciso II do art. 30, a competência municipal para legislar suplementarmente à legislação federal e estadual, no que couber. [...]. **Em síntese, a competência suplementar do Município só pode verificar-se em torno de assuntos que sejam também de interesse local**, além de sua dimensão federal ou estadual⁴. (g.n.)

Fernanda Dias Menezes de Almeida, por sua vez, ao examinar a competência municipal suplementar, limitada pela expressão “no que couber”, adiciona que tal atribuição deve ser exercida sempre que for necessária para o desempenho de competências materiais, comuns ou privativas.

Os Municípios legislarão suplementarmente, estabelecendo as normas específicas e, em sendo o caso, também as normas gerais, **sempre que isso for necessário ao exercício de competências materiais, comuns ou privativas**.

Porém, assiste razão a FERREIRA FILHO quando rejeita a exegese do artigo 30, II, segundo a qual o Município poderia legislar sobre qualquer matéria, complementando ou suprimindo a legislação federal ou estadual.

O próprio artigo 30, II, esclarece que a legislação municipal suplementar ocorrerá no que couber. É preciso, pois, verificar quando cabe essa legislação.

Preliminarmente, diríamos que só cabe a suplementação em relação assuntos que digam respeito ao interesse local. Nenhum sentido haverá, por exemplo, em o Município suplementar a legislação federal relativa ao comércio exterior ou relativa à nacionalidade e à naturalização. Da mesma forma, seria sem propósito que a lei municipal suplementasse a legislação estadual atinente ao funcionalismo do Estado ou “a organização da Justiça estadual”.

3 Segundo Hely Lopes Meirelles: “[...] o interesse local se caracteriza pela predominância (e não pela exclusividade) do interesse para o Município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância. Estabelecida essa premissa é que se deve partir em busca dos assuntos da competência municipal, a fim de selecionar os que são e os que não são de seu interesse local, isto é, aqueles que **predominantemente interessam à atividade local**” (*Direito Municipal Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 122).

4 *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 280.

Partindo dessa premissa, examinaremos a matéria por partes separando as hipóteses em que a legislação municipal suplementar seja necessária para atuar competências materiais privativas do Município ou para atuar competências materiais comuns.

Em relação à primeira hipótese, terá cabimento a legislação municipal suplementar quando o exercício da competência material privativa do Município depender da observância de norma heterônoma. Isso poderá ocorrer em relação à legislação federal e à legislação estadual.

Quanto à legislação federal, o Município complementarará ou suprirá normas gerais da União ao exercer, por exemplo, a competência privativa de instituir os próprios tributos. De fato, a instituição de tributos, por quaisquer das esferas, se deve pautar pelas normas gerais de Direito Tributário postas pela União.

[...]

No que se refere à suplementação da legislação estadual pelo Município, será ela possível também quando o exercício de competência material privativa se condicionar à observância de legislação do Estado. O artigo 30, IV, fornece exemplo dessa situação, ao prever que ao Município compete criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual⁵. (g.n.)

A competência suplementar dos municípios apenas autoriza, portanto, que sejam supridas e/ou complementadas leis federais ou estaduais com o objetivo de **viabilizar o exercício de competências materiais do município**, como as previstas no artigo 23 e nos incisos III a IX do artigo 30 da Constituição.

A propósito das competências materiais outorgadas aos municípios, o inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal confere-lhes atribuição para “promover, **no que couber**, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Note-se, mais uma vez, que a competência municipal foi outorgada com a ressalva da expressão “**no que couber**”, o que significa dizer que a atribuição deve ser exercida para atender ao **interesse predominantemente local** e mediante **observância das competências legislativas conferidas à União e estados** em outros dispositivos constitucionais.

O mesmo raciocínio aplica-se no que toca à competência municipal para executar a política de desenvolvimento urbano, prevista no artigo 182 da Constituição

5 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139-140.

Federal, que deve ser concretizada com observância à competência legislativa concorrente de que tratam os I e VI do artigo 24 da Constituição Federal.

Em consequência, as normas municipais que digam respeito a direito urbanístico – editadas com fundamento na competência da municipalidade para legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber; promover, **no que couber**, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; e executar a política de desenvolvimento urbano (artigos 30, incisos I, II e VIII, e 182 da Constituição Federal) – **deverão, necessariamente, ser compatíveis com a legislação federal e estadual.**

Por outras palavras, o exercício das competências municipais deverá observar os limites constitucionais postos à atuação dos municípios no campo da competência concorrente da União e dos Estados-membros para legislar sobre direito urbanístico, sob pena de inconstitucionalidade, nesse sentido é o entendimento de Fernanda Dias Menezes de Almeida:

E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão – não importa por qual das entidades federadas – do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isso tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente. No mesmo sentido posiciona-se ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ (1989:69) ao concluir que “em ambas as hipóteses a questão se resolve pela regra da competência constitucional e não pela supremacia do direito federal”.

[...]

Como adverte, de outra parte CELSO BASTOS, as competências expressas no artigo 30 “não devem estimular uma visão exageradamente grandiosa da autonomia municipal”, porque “diversas matérias aí explicitadas sofrem a restrição de uma normatividade superior”. [...] **É também o caso do inciso VIII, relativo à ordenação do território, que deverá respeitar os planos nacional e regionais sobre a matéria**⁶. (g.n.)

Na mesma linha, a lição de Rejane Maria Machado Pinto:

Conforme análise sistemática dos parágrafos do artigo 24, os Estados-membros e o Distrito Federal são titulares de competência complementar e competência suple-

6 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81 e 101.

tiva. De forma reflexa, também os municípios passam a deter competências dessa ordem, a partir da compatibilização do artigo 30, II com ditos parágrafos do artigo 24. Na hipótese do § 2º, os Estados e o Distrito Federal poderão exercer sua atividade legislativa complementar – situação em que, guardadas as devidas reservas, mesmo a competência do Município não há de ser excluída, desde que não afrontadas as regras gerais da União, nem as regras complementares dos Estados. Na hipótese do §3º, a competência de ordem supletiva possibilitará à União, Estados, Distrito Federal e municípios, por força do artigo 30, II, sempre adstrito à locução no que couber, suprir a lacuna, legislando a fim de atender a suas peculiaridades...**O próprio Município pode agora suprir omissões da legislação federal ou estadual, por evidente, sem confrontá-la.** Afigura-se como viável, desta forma, atuar legislativamente sobre assuntos de interesse local, mediante a suplementação de atividade legislativa heterônoma, adequando-a nos moldes de seus objetivos peculiares⁷. (g.n.)

O entendimento doutrinário acima transcrito está em conformidade com o decidido por esse Supremo Tribunal Federal no seguinte julgado:

Também a competência municipal, para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano – CF, art. 30, VIII – **por relacionar-se com o direito urbanístico, está sujeita a normas federais e estaduais (CF, art. 24, I)**, ponderando, no entanto, “que as normas das entidades políticas diversas – União e Estado-membro – deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócua a competência municipal, que constitui exercício de sua autonomia constitucional”⁸. (g.n.)

Esse é o caso dos preceitos impugnados no presente feito, que suplementam as normas nacionais e destinam-se a direcionar a atuação municipal.

Com efeito, o inciso VII do artigo 180 da Constituição do Estado assegura que os municípios paulistas, no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, respeitem a destinação, fim e objetivos definidos em projetos de loteamento que aprovaram, para as áreas verdes e institucionais.

Por outras palavras, o dispositivo em questão assegura aos munícipes paulistas a garantia de que contarão com as áreas verdes e institucionais transferidas pelo loteador às Prefeituras Municipais com vistas ao atendimento da função social da propriedade e do adequado ordenamento urbano.

7 PINTO, Rejane Maria Machado. A competência suplementar do município: delimitação implícita da cláusula do interesse local. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 44-81, set.-out. 2014.

8 ADI 478, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1996, DJ 28-02-1997 PP-04063 EMENT VOL-01859-01 PP-00001.

O artigo 3º, inciso XX, da Lei federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, denominado Código Florestal, define as áreas verdes urbanas como sendo:

espaços, públicos ou privados, **com predomínio de vegetação, preferencialmente nativa, natural ou recuperada**, previstos no Plano Diretor, nas Leis de Zoneamento Urbano e Uso do Solo do Município, **indisponíveis para construção de moradias, destinados aos propósitos de recreação, lazer, melhoria da qualidade ambiental urbana, proteção dos recursos hídricos, manutenção ou melhoria paisagística, proteção de bens e manifestações culturais.** (g.n.)

De fato, as áreas verdes urbanas são um importante instrumento para alcançar **o equilíbrio entre o espaço modificado para assentamento urbano e as áreas naturais**. Dentre seus benefícios destacam-se os de reduzir os efeitos da poluição e dos ruídos, contribuir para a redução da temperatura e da velocidade dos ventos, influenciar no balanço hídrico, bem como o de servir como possível abrigo a diversos animais silvestres que vivem nas cidades, como pássaros, insetos, macacos, capivaras etc. São essas áreas verdes que combatem o “microclima urbano” que, favorecido pelas estruturas e elementos da cidade (asfalto, edificações, concreto, amianto, vidro e metal) com elevada capacidade refletora, geram as “ilhas de calor”, responsáveis pelo aumento de chuvas de grande intensidade e, conseqüentemente, de inundações⁹.

Atento a esta situação, o legislador federal dotou os municípios com importantes instrumentos para favorecer o estabelecimento de áreas urbanas:

Lei federal nº 12.651, de 2012:

Art. 25. O poder público municipal contará, para o estabelecimento de áreas verdes urbanas, com os seguintes instrumentos:

I – o exercício do direito de preempção para aquisição de remanescentes florestais relevantes, conforme dispõe a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

II – a transformação das Reservas Legais em áreas verdes nas expansões urbanas

III – o estabelecimento de exigência de áreas verdes nos loteamentos, empreendimentos comerciais e na implantação de infraestrutura; e

IV – aplicação em áreas verdes de recursos oriundos da compensação ambiental.

⁹ Nesse sentido, texto disponível em: <https://www.infraestruturameioambiente.sp.gov.br/educacaoambiental/2019/03/11/a-importancia-das-areas-verdes-urbanas/>.

Não se pode ignorar, assim, que o artigo 25 do Código Florestal, acima transcrito, tem por objetivo aumentar as áreas verdes urbanas e não a de suprimir às já existentes. Por conseguinte, o disposto no artigo VII do artigo 180 da Constituição do Estado está em linha com o previsto na Lei federal nº 12.651, de 2012.

Por sua vez, o conceito legal de área institucional é extraído do inciso I e § 2º do artigo 4º, do artigo 5º e do artigo 22, todos da Lei federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que “*dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências*”. São, portanto, as vias, praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos – por exemplo, escola, delegacia de polícia, posto de saúde etc. – e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo do loteamento, conforme verifica-se da transcrição dos dispositivos ora mencionados:

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

I – as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem. (NR) (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)

[...]

§ 2º – Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

Art. 5º. O Poder Público competente poderá complementarmente exigir, em cada loteamento, a reserva de faixa *non aedificandi* destinada a equipamentos urbanos.

Parágrafo único – Consideram-se urbanos os equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.

Art. 22. Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

Veja-se, ademais, que os artigos 17 e 43 da Lei federal nº 6.766, de 1979¹⁰, proíbem os loteadores de deturparem o projeto original de loteamento, no que con-

10 Art. 43. Ocorrendo a execução de loteamento não aprovado, a destinação de áreas públicas exigidas no inciso I do art. 4º desta Lei não se poderá alterar sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas, civis e criminais previstas. Parágrafo único. Neste caso, o loteador ressarcirá a Prefeitura Municipal ou o Distrito Federal quando for o caso, em pecúnia ou em área equivalente, no dobro da diferença entre o total das áreas públicas exigidas e as efetivamente destinadas. (Incluído pela Lei nº 9.785, de 1999).

cerne ao espaço destinado às áreas verdes e aos equipamentos públicos, inclusive no caso de loteamentos não aprovados.

Da análise da Lei federal nº 6.766, de 1979 se conclui, portanto, que as áreas verdes e institucionais são transferidas do domínio do particular loteador para à municipalidade, consoante prevê seu artigo 22, em razão de sua afetação às finalidades públicas. Outrossim, tais espaços estão diretamente relacionados à qualidade de vida dos habitantes do loteamento e da população da cidade.

Em consequência, o cumprimento das finalidades públicas das áreas verdes e institucionais deve ser tutelado, fiscalizado e mantido pelos Estados-membros e pelos municípios, sob pena de desvirtuamento da justificativa da transferência de seu domínio, conforme interpretação teleológica dos artigos 4º, inciso I, 17, 22 e 28 da Lei federal nº 6.766, de 1979¹¹.

A regra geral que obsta a alteração da destinação, dos usos e objetivos das áreas institucionais e verdes, prevista no inciso VII do artigo 180 da Constituição do Estado de São Paulo, decorre, portanto, do respeito à manutenção e ao acréscimo do patrimônio comunitário, visando o bem-estar da população e o adequado ordenamento urbano, bem como prestigia as legítimas expectativas dos particulares que adquiriram imóvel, confiando que o empreendimento teria as conformações do loteamento aprovado pela municipalidade.

No entanto, o constituinte estadual reformador, atento às situações de fato consolidadas ou de difícil reversão, e com vistas ao cumprimento do direito social à moradia, estipulou exceções à regra do inciso VII do artigo 180 da Constituição do Estado de São Paulo.

As normas previstas nos §§ 1º a 4º do artigo 180 da Constituição do Estado também demonstram caráter de diretriz, e têm por finalidade possibilitar, mediante compensação ao município: a regularização de áreas urbanas degradadas; a ade-

11 Art. 17. Os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta Lei. Art. 28. Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositada no Registro de Imóveis, em complemento ao projeto original com a devida averbação.

quada utilização dos equipamentos públicos; propiciar o exercício do direito à liberdade religiosa – respeitada, evidentemente, a laicidade do Estado¹² – e do direito social à moradia, tudo com observância dos princípios da supremacia do interesse público, da função social da propriedade e da razoabilidade.

Em verdade, sem prejuízo da necessidade de o poder público zelar pela correta aplicação das normas sobre parcelamento do solo, inclusive aprovando e fiscalizando a fiel execução dos projetos de loteamento, não podem ser ignoradas situações de fato que, por razões variadas (por vezes sem a culpa do loteador), instalam-se e que podem ser regularizadas mediante critérios razoáveis, que não desnaturem o plano diretor e a legislação local de zoneamento urbano, e atendam os interesses da população envolvida.

Observa-se que a regularização das situações de ocupação de áreas verdes ou institucionais, no tocante aos projetos de loteamento ainda não aprovados, consulta aos interesses dos adquirentes de lotes, que, de outro modo, não poderão obter o registro dos seus títulos de domínio¹³.

E, de igual modo, relativamente aos projetos aprovados e registrados em que tais ocupações venham a ocorrer, aos proprietários de lotes também interessa estancar o processo de deterioração do loteamento, condenado a ficar à margem da legislação urbanística.

12 Recentemente, ao se debruçar sobre o princípio da laicidade esse d. Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que: “O fato de o Estado ser laico [CF, art. 19, I] não lhe impõe uma conduta negativa diante da proteção religiosa. A separação entre o Estado brasileiro e a religião não é absoluta. O Estado deve proteger a diversidade em sua mais ampla dimensão, dentre as quais se inclua a liberdade religiosa e o direito de culto. Nesse sentido, o papel da autoridade estatal não é o de remover a tensão por meio da exclusão ou limitação do pluralismo, mas sim assegurar que os grupos se tolerem mutuamente, principalmente quando em jogo interesses individuais ou coletivos de um grupo minoritário. A separação entre religião e Estado, portanto, não pode implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada. O princípio da laicidade não se confunde com laicismo. O princípio da laicidade, em verdade, veda que o Estado assuma como válida apenas uma crença religiosa”. (Informativo STF nº 1.000, no que se refere aos julgamentos do Recurso Extraordinário nº 611.874/DF e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.099.099/SP e a fixação de teses para os Temas de Repercussão Geral nº 389 e 1.021).

13 A propósito, recorda-se que, embora o artigo 37 da Lei federal nº 6.766, de 1979, proíba a venda ou a promessa de venda de parcela de loteamento ou desmembramento não registrado, o artigo 38 do mesmo diploma legal antevê a possibilidade dessa norma não ser sempre observada e estipula as consequências decorrentes da infração.

Esse entendimento coaduna-se com as previsões das Leis federais nº 6.766, de 1979 (especialmente artigos 17 e 28, já transcritos) e nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto das Cidades.

Em relação ao Estatuto das Cidades e tendo presente os argumentos finais do requerente, é oportuna a transcrição de seus artigos 29 e 30:

Art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais **poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.**

Art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a **outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso**, determinando:

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;

III – a **contrapartida do beneficiário.** (g.n.)

A análise de tais dispositivos demonstra que não se trata de norma destinada, com prioridade, às áreas verdes e institucionais de loteamentos (ao contrário do que parece ter entendido o requerente), mas de instrumentos para possível alteração do uso de imóveis por particulares.

Daí pode-se concluir que os dispositivos questionados, ao disciplinarem a alteração de áreas institucionais e verdes de loteamentos, **suplementam a legislação federal** para atendimento das peculiaridades do Estado de São Paulo, sabidamente o mais populoso da Federação, não sendo incompatíveis com as normas federais.

Nesse cenário, o acolhimento do postulado na petição inicial tornaria letra morta a competência suplementar conferida pela Constituição Federal ao Estado de São Paulo para legislar sobre direito urbanístico, meio ambiente e controle da poluição.

A esse propósito, lembro que esse E. Supremo Tribunal Federal tem sinalizado uma tendência no sentido do fortalecimento do federalismo, especialmente a partir de acórdãos proferidos em matéria de saúde, meio ambiente e direito do consumidor, dentre as quais destaco o proferido na ADI 5.996, que admitiu a edição de lei estadual mais protetiva do que a federal em matéria ambiental. Confira-se a respectiva ementa:

CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI ESTADUAL Nº289/2015 DO ESTADO DO AMAZONAS. PROIBIÇÃO DO USO DE ANIMAIS PARA O DESENVOLVIMENTO, EXPERIMENTOS E TESTES DE PRODUTOS COSMÉTICOS, DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMES E SEUS COMPONENTES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DO ESTADO EM MATÉRIA DE

PROTEÇÃO AMBIENTAL (ART. 24, VI, CF). NORMA ESTADUAL AMBIENTAL MAIS PROTETIVA, SE COMPARADA COM A LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos – União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios – e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 3. A Lei nº 289/2015 do Estado do Amazonas, ao proibir a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes e seus componentes, não invade a competência da União para legislar sobre normas gerais em relação à proteção da fauna. Competência legislativa concorrente dos Estados (art. 24, VI, da CF). 4. A sobreposição de opções políticas por graus variáveis de proteção ambiental constitui circunstância própria do estabelecimento de competência concorrente sobre a matéria. Em linha de princípio, admite-se que os Estados editem normas mais protetivas ao meio ambiente, com fundamento em suas peculiaridades regionais e na preponderância de seu interesse, conforme o caso. Precedentes. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada improcedente. (ADI 5.996, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020). (g.n.)

Sob outro prisma, há que se ter presente que os municípios exercem sua autonomia e as competências que lhe são conferidas pela Constituição Federal para legislar sobre assuntos de interesse local e promover o adequado ordenamento urbano ao aprovar o plano diretor, as normas de zoneamento e outros regramentos destinados a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, bem como ao aprovar os projetos de loteamento e fiscalizar sua correta execução.

Assim, a definição das áreas verdes e institucionais dos loteamentos é fruto do exercício das competências legislativas e materiais dos próprios municípios paulistas, estando sua alteração sujeita, todavia, aos limites fixados pelo Constituinte Paulista.

Da mesma forma, o município paulista exerce suas competências constitucionais ao aferir, no caso concreto, a viabilidade de alteração da destinação, do uso e dos objetivos de áreas institucionais ou áreas verdes, bem assim a compensação aplicável, à luz dos §§ 1º a 4º do artigo 180 da Constituição do Estado.

V. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que o inciso VII e os §§ 1º a 4º do artigo 180 da Constituição do Estado de São Paulo encontram fundamento na competência conferida ao estado para suplementar as normas gerais de direito urbanístico e de proteção ao meio ambiente e controle da poluição, nos termos do artigo 24, incisos I e VI e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, inexistindo conflito com as normas nacionais sobre a matéria.

Nesta oportunidade, renovo à Vossa Excelência os meus protestos de elevada consideração e respeito.

JOÃO DORIA

Governador do Estado de São Paulo

À Excelentíssima

Senhora Ministra Cármen Lúcia

DD. Relatora da ADI nº 6.602 /SP

Supremo Tribunal Federal

Brasília – DF

* Nota do editor: (1) Informações minutas pela Dra. Adriana Masiero Rezende.

(2) A tese defendida pelo estado de São Paulo não foi acolhida pelo STF, por decisão unânime.



DOCTRINA

**A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO
ADMINISTRATIVO EM AÇÕES JUDICIAIS
SOBRE SAÚDE PÚBLICA**

Guilherme Malaguti Spina

AS NOVIDADES DA “NOVA LEI DE LICITAÇÃO”

Inacio de Loiola Mantovani Fratini

**MEDIDAS DE URGÊNCIA NA COOPERAÇÃO
JURÍDICA INTERNACIONAL SOB A
PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO**

Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes

A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO EM AÇÕES JUDICIAIS SOBRE SAÚDE PÚBLICA

Guilherme Malaguti Spina

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de traçar o esboço de uma proposta de alteração no entendimento sedimentado de que o exercício do direito de ação em matéria de saúde pública não é condicionado à prévia provocação da instância administrativa. Isso implica dizer que inexistente hoje, pelo entendimento dominante, necessidade de comprovação da negativa do Poder Público acerca da sua pretensão do particular, o que torna viável a judicialização dos mais variados pleitos, sem que haja condições de realizar um filtro mínimo por parte do Sistema Único de Saúde (SUS).

Não há como negar que os problemas que envolvem o direito à saúde pública demandam seu tratamento de forma peculiar. Qualquer abordagem é sempre delicada, ante a feição trágica que muitas vezes caracteriza o litígio cidadão *versus* Estado. A invocação do direito à vida, associado ao direito à saúde pública, é rotineiramente posta com uma conotação urgente e o risco de morte é um argumento muito persuasivo em favor daquele que demanda uma providência do Poder Público.

O problema principal em qualquer abordagem que se faça deste tema é a tentativa de conciliação entre os direitos subjetivos dos particulares ao lado da manutenção organizada do sistema como um todo. A alta litigiosidade via Poder Judiciário vem comprometendo partes significativas do orçamento público destinado ao SUS. Porém não seria inverídico dizer que a litigiosidade é um produto das deficiências do sistema, o que evidencia um círculo vicioso: quanto mais deficiências o sistema possui, mais judicialização ele produz, o que contribui para o aumento das suas deficiências.

Assim, é indissociável ao enfrentamento do problema da litigiosidade em massa a melhoria na qualidade dos serviços prestados pelo SUS. Medidas que abordem apenas um dos aspectos desse círculo vicioso não terão força suficiente para contribuir para tal desiderato e fatalmente cairão em descrédito.

O objetivo fundamental, então, será demonstrar que a introdução do acionamento prévio da instância administrativa como condição para a judicialização dos serviços prestados pelo SUS pode contribuir para a quebra desse círculo vicioso. Para tanto, a abordagem será dupla: como questão preliminar, será necessário verificar a viabilidade jurídica da exigência; depois, analisar de que maneira a medida contribui para organização do sistema. O *busílis* está em conciliar estes dois aspectos de modo a não destituir de efetividade o direito do cidadão de exigir do Estado determinado tratamento ou medicamento, situação que se torna ainda mais delicada nos casos urgentes.

É importante salientar que a construção de um sistema público universal de saúde num país de dimensões continentais como o Brasil é um desafio da maior envergadura, que demanda sinergia de todos os agentes envolvidos. Desse modo, dada a complexidade do problema, nenhuma medida isolada pode ser tida como a panaceia que irá resolver todos os problemas. Diversas providências devem ser tomadas em direção à melhoria do SUS, num esforço conjunto das três esferas da federação e da sociedade.

1. O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO EM AÇÕES JUDICIAIS DE SAÚDE PÚBLICA

A Constituição Federal trata, no artigo 5º, inciso XXXV, do chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou simplesmente inafastabilidade da jurisdição, nos seguintes termos: “a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo estabelece um direito fundamental que pode ser lido, a partir dos pressupostos de uma dogmática do direito constitucional e do direito processual civil¹, por dois ângulos: o primeiro é uma leitura integrada com a Constituição e com ordenamento jurídico de uma maneira geral; o segundo é uma leitura mais focada no que o dispositivo veda expressamente.

O primeiro ângulo de análise da garantia constitucional consiste no dever do Estado em estabelecer regras e instituições necessárias para sua viabilização, o que

1 Miguel Marzineti elabora interesse síntese do modo como o dispositivo constitucional é interpretado pelas escolas de direito processual civil brasileiras, que, via de regra, relacionam a garantia constitucional de acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário. MARZINETTI, Miguel. *Justiça Multiportas e o paradoxo do acesso à Justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 52-58.

implica considerá-la na categoria dos direitos à organização e ao procedimento². Devem ser editadas normas que fixem como será efetivado o acesso ao Poder Judiciário, o que implica, grosso modo, na necessidade de leis processuais que propiciem ao cidadão meios para a tutela dos seus direitos. Essas normas devem regular de maneira ampla a atuação do Poder Judiciário com vistas à efetiva proteção dos direitos, tornando necessária a criação de instrumentos processuais adequados a tal finalidade. Assim, o Código de Processo Civil é exemplo de norma que viabiliza o acesso ao aparato judiciário e que deve prever, juntamente com as normas processuais extravagantes, as formas como isso se dará, inclusive viabilizando as chamadas tutela de urgência e evidência para evitar o perecimento de direitos e garantir sua plena satisfação. E as regras constitucionais de organização judiciária previstas nos artigos 92 e seguintes da Carga Magna determinam a estrutura do Poder Judiciário que realizará o direito regulamentado nas leis processuais.

Ainda do ponto de vista de uma análise abrangente, o Estado deve instituir um conjunto de estruturas materiais que operacionalizem estas normas viabilizadoras do direito de acesso ao Poder Judiciário. Tais estruturas consistem nos diversos órgãos judiciários que se encontram à disposição para utilização segundo as necessidades dos cidadãos: servidores e juízes devem ser contratados e treinados para exercer adequadamente suas funções, imóveis devem ser locados ou adquiridos para abrigar tais pessoas e uma administração da justiça deve existir para fazer a gestão de toda essa organização.

Ao lado desta estrutura organizacional, é possível ler o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de forma mais específica: de que maneira é possível regulamentar o direito de acesso ao Poder Judiciário sem que a garantia constitucional seja violada? Quanto a esse ponto, múltiplos aspectos podem ser citados, porém o fator comum a todos eles é a necessidade de criar requisitos para o exercício deste direito. Dessa forma, podem-se citar os prazos prescricionais para a propositura de ações, a obediência aos pressupostos processuais e às condições da ação, os prazos e requisitos para a interposição dos recursos, os limites à produção de provas e assim por diante.

Na realidade, os dois aspectos de análise do problema – a leitura integrada e a leitura específica – são convergentes e complementares: o fato de serem criados

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 201-205.

mecanismos processuais para o acesso à justiça torna necessário o estabelecimento de requisitos para que o direito seja exercitado. Isso porque o direito de ação será exercido (por aquele que alega lesão ou ameaça a direito) em face de outrem, que, por sua vez, detém o direito de ampla defesa. Este, para ser regularmente exercitado, demanda parâmetros dentro dos quais o acesso à justiça deva ser feito. A título ilustrativo, veja-se a seguinte situação: a defesa do réu só consegue ser eficiente para os fins aos quais se destina se a petição inicial obedecer a determinados requisitos, sem os quais tornaria difícil o conhecimento de todas as circunstâncias que envolvem a alegação de violação ao direito.

Talvez por isso não exista qualquer dúvida na doutrina e jurisprudência pátrias que o estabelecimento dos pressupostos processuais e as condições da ação não violam a garantia da inafastabilidade da jurisdição³. O legislador infraconstitucional pode estabelecer critérios para o acesso ao Poder Judiciário, desde que estes não se configurem desarrazoados e, dessa forma, inviabilizem o exercício do direito por completo. Dentre as situações em que se poderia configurar como requisitos desproporcionais pode-se citar a instituição de taxa judiciária em valor que inviabilize, na prática, o acesso à justiça⁴.

Por outro lado, também não pairam dúvidas acerca do entendimento de que, a partir da Constituição Federal de 1988, não mais existe a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado⁵. Vale dizer que, ao particular, não é exigido o prévio esgotamento das instâncias administrativas, com a interposi-

3 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2010, p. 179. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 198. STF, RE 273.791/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 15.08.2000: “Garantia da jurisdição: alcance. O art. 5º, XXXV, assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende – é um truismo – de presença dos pressupostos do processo e das condições de ação, de regra, disciplinados pelo direito ordinário”.

4 Súmula 667 do Supremo Tribunal Federal: “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

5 NERY JÚNIOR, op. cit., p. 182. MORAES, op. cit., p. 200. A doutrina destaca que a restrição contida no artigo 153, § 4º, da Constituição Federal de 1969, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 7/77 não foi repetida no atual texto constitucional. Assim dispunha a Constituição revogada: “§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado para que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

ção de todos os recursos administrativos previstos em lei até o mais alto escalão da Administração Pública, como requisito para o ingresso no Poder Judiciário em face do Poder Público.

Todavia é possível constatar sinais de mudança nesse cenário jurídico nos últimos anos. O Supremo Tribunal Federal admitiu, no ano de 2014, a possibilidade de exigência de requerimento administrativo prévio para o exercício do direito de ação em matéria previdenciária. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso⁶, o Tribunal adotou interpretação de que apenas com a negativa do pedido administrativo ou a delonga na resposta é que resta configurada a resistência do Instituto Nacional da Seguridade Social à pretensão do particular. O acionamento administrativo prévio, aliado à resposta ou sua demora além do prazo legal, é que atribuem interesse processual ao segurado em ver seu direito apreciado pelo Poder Judiciário.

Dois aspectos deste julgamento paradigmático permitem um raciocínio analógico do direito previdenciário com o direito à saúde. O primeiro deles é que tanto o direito previdenciário quanto o direito à saúde são direitos que, via de regra, são exercitáveis a partir de uma provocação do particular em face do Poder Público. Esta dinâmica própria é que permite afirmar que o interesse de agir do particular não existe até que este adote uma postura ativa em obter o benefício desejado. Essa necessidade de pedido específico do particular em face do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) é que motivou o Pretório Excelso a afirmar, na linha do voto condutor:

Assim, se a concessão de um direito depende de requerimento, não se pode falar em lesão ou ameaça a tal direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo. O prévio requerimento de concessão, assim, é pressuposto para que se possa acionar legitimamente o Poder Judiciário. Eventual lesão a direito decorrerá, por exemplo, da efetiva análise e indeferimento total ou parcial do pedido, ou, ainda, da excessiva demora em sua apreciação.

Tal constatação, se bem nítida com relação aos benefícios previdenciários, não deixa de ser verdadeira também para o direito à saúde. O sistema público de saúde dificilmente age de ofício, sem solicitação do particular. Podem-se pensar, como exceção à regra, os casos de extrema urgência (p. ex. acidentes de trânsito),

6 BRASIL. Recurso Extraordinário nº 631.250/MG (Tema 350). Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014.

embora também haja acionamento via telefone dos serviços do SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência, regulamentado pelo Decreto nº 5.055/2004), seja pela própria vítima, seja por terceiro presente no local.

No entanto, via de regra, o particular é quem procura o serviço de saúde em razão de alguma necessidade de sua parte. São casos mais corriqueiros e cotidianos, tais como medicamentos, exames, marcação de consultas, cirurgias eletivas etc. Nestas situações, vislumbra-se uma nítida semelhança com o direito previdenciário, não havendo conduta de ofício por parte dos agentes públicos do SUS. Pode-se afirmar que essa postura ativa do particular é uma constante na dinâmica do direito à saúde pública que permite sua comparação com o direito previdenciário⁷.

O outro aspecto foi a constatação de que a necessidade de requerimento administrativo prévio não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas. Este pressupõe a interposição de todos os recursos e impugnações previstos na legislação do processo administrativo, o que implica no dever do particular de percorrer todo o *iter* procedimental até o mais alto escalão da Administração Pública. O requerimento administrativo, pelo contrário, é um simples pedido formulado em qualquer repartição pública em que se solicita um encaminhamento da situação específica vivenciada pelo cidadão com vistas a uma adequada solução do caso apresentado⁸.

Assim, dadas estas similitudes, é perfeitamente possível se pensar na viabilidade jurídica de se condicionar o acesso ao Poder Judiciário a prévio requerimento administrativo com relação ao direito à saúde pública. É importante salientar que as semelhanças apontadas não desnaturam diferenças existentes entre o direito

7 Passagem interessante no voto condutor do citado acórdão do Supremo Tribunal Federal é aquela em que se admite, em *obter dictum*, que o prévio requerimento administrativo é extensível a outros casos em que se exige uma postura ativa do particular: “As regras acima valem para pretensões de concessão original de outras vantagens jurídicas que, embora não constituam benefícios previdenciários, também dependem de uma postura ativa do interessado: é o caso, e.g., dos pedidos de averbação de tempo de serviço” (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 631.250 (Tema 350), Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014). A propósito, convém salientar que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a *ratio decidendi* deste julgamento do Supremo Tribunal Federal a processo que objetivava a repetição de indébito tributário de contribuições previdenciárias. Cf. BRASIL. **Recurso Especial nº 1.734.733/PE**. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 28.11.18. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018.

8 “Esclarece-se, porém, que o requisito do prévio requerimento se satisfaz com a mera postulação administrativa do benefício, perante a primeira instância com atribuição para conhecê-lo, enquanto o esgotamento significa a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis” (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 631.250 (Tema 350), Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014).

previdenciário e o direito à saúde, que merecem um tratamento específico, seja por parte do legislador, seja por parte da jurisprudência.

Talvez o principal fator a distinguir o direito à saúde é a sua correlação com o direito à vida, muito mais estreita que no direito previdenciário. Em muitos casos, quando se pensa em um tratamento à saúde ou um medicamento, logo se relaciona o risco do paciente em se ver privado da própria vida. Já quando se pensa em um benefício previdenciário, esta relação pode até existir, dado o caráter alimentar das prestações, mas é menos imediata.

Isso fatalmente irá refletir no prazo a ser dado ao Poder Público para encaminhar e responder o requerimento administrativo do interessado. Ao contrário do que ocorre no direito previdenciário, em que existe um prazo fixo para todos os requerimentos que são submetidos ao INSS, dificilmente o mesmo critério poderá ser adotado no tema da saúde pública. Aqui certamente existem casos não urgentes, casos pouco urgentes e casos muito urgentes, cada um demandando uma velocidade para o adequado encaminhamento e solução.

Outra peculiaridade está em que a estrutura e organização do SUS não são tão homogêneas quanto as do INSS, gerido por uma única pessoa jurídica de direito público. O SUS é integrado pela União, pelos estados e municípios, bem como particulares em caráter complementar (artigo 4º da Lei nº 8.080/1990 e 197 da Constituição Federal). Assim, apesar de haver legislação que regulamente o sistema de saúde em todo o território nacional, não há como negar as peculiaridades e diferenças locais, em especial pela notória desigualdade de distribuição da riqueza pelo país.

Por fim, há que se considerar a diversidade de prestações previdenciárias e as demandadas ao SUS. Enquanto o INSS tem como principal dever a prestações pecuniárias – os chamados benefícios previdenciários –, ao SUS são atribuídas as mais diversas obrigações materiais: consultas médicas, realização de exames e procedimentos cirúrgicos, fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos.

Todavia tais peculiaridades não tem o condão de inviabilizar a exigência de prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento de ações em face do Poder Público. É exatamente esta rede complexa de pessoas e órgãos envolvidos nas mais variadas prestações que torna necessária a gestão unificada por aqueles que detêm o conhecimento do sistema e de suas potencialidades, o que deve ser intensificado pela adoção paulatina de protocolos e procedimentos, e a utilização de

instrumentos tecnológicos com vistas a garantir agilidade no encaminhamento das solicitações que chegam ao sistema.

O conteúdo das demandas dos usuários do sistema, materializado nas solicitações administrativas, pode ser encaminhado por meio de toda a rede do SUS para que seja adequadamente atendido em um prazo razoável. Portanto não se mostra juridicamente inviável exigir do particular um prévio pedido administrativo antes do ajuizamento de ação em face do Poder Público, contanto que não haja delongas no seu atendimento e resposta, na mesma linha do entendimento já consolidado com relação aos benefícios previdenciários.

2. ASPECTOS POSITIVOS DECORRENTES DA EXIGÊNCIA DO PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO

Esclarecida a viabilidade jurídica na exigência do prévio requerimento administrativo para o acionamento judicial em demandas de saúde pública, resta agora demonstrar como esta medida pode ser útil à melhor gestão do SUS e a uma mais eficiente tutela do direito do usuário do sistema. Se no item anterior a viabilidade jurídica foi exposta em termos de dogmática jurídica constitucional e processual civil, agora será necessária uma visão mais abrangente, que irá envolver, ainda que perfunctoriamente, razões para uma melhor governança do SUS e considerações sobre meios alternativos ao Poder Judiciário para o tratamento dos conflitos de interesses entre o Poder Público e os particulares.

Do ponto de vista de melhor gestão do SUS, muitos são os argumentos que reforçam a necessidade dos pedidos administrativos antecederem as ações judiciais em matéria de saúde pública. O primeiro aspecto a se considerar é que os profissionais da saúde são mais gabaritados e especializados que os servidores do Poder Judiciário para a análise dos pleitos dos usuários do sistema. A postulação jurídica sempre é vinculada a um problema médico do paciente: sem o enquadramento correto entre moléstia e tratamento não há como saber se o direito deve ser concedido e em que termos deve sê-lo. Quando a demanda é encaminhada diretamente ao Poder Judiciário, este enquadramento é muitas vezes feito de maneira muito superficial, bastando mera receita médica para que o juízo entenda como procedente o argumento trazido pelo particular. Muitas vezes não são considerados os protocolos clínicos já existentes no Sistema Único de Saúde, que certamente poderiam servir como parâmetros para o adequado encaminhamento do caso.

Por outro lado, o encaminhamento do caso pode ser feito de maneira mais célere, uma vez que o servidor do Poder Executivo realizará as diligências sem a intermediação do Poder Judiciário, levando sempre em consideração qual entidade da federação será a responsável pela solução do caso posto em análise. Um medicamento de alto custo pode não estar disponível na rede municipal do SUS, mas o usuário poderá ser encaminhado à farmácia de alto custo de responsabilidade do Estado que tenha à disposição o fármaco em questão. Se, por hipótese, a demanda fosse endereçada diretamente ao Poder Judiciário e a ação fosse movida apenas em face do município, este se veria obrigado a comprar o produto e entregá-lo (muitas vezes a compra é feita periodicamente, pois o tratamento demanda várias doses), provavelmente com um custo muito maior do que aquele que seria despendido pelo ente federativo que o adquire em grandes lotes. Nesse sentido, além de ser um fator complicador no já complexo sistema público de saúde brasileiro, os custos dos medicamentos e tratamentos certamente são mais elevados quando a aquisição é feita no varejo em razão de decisões judiciais muitas vezes proferidas em ações intentadas por um único usuário do sistema.

Todavia uma consequência inescapável da exigência de prévio requerimento administrativo é o dever de informação a que devem estar sujeitos todos os órgãos e entidades do SUS. Ao receber um pedido, o encaminhamento, além de célere, deve ser acompanhado de informação ao usuário acerca do procedimento que será adotado no seu caso. Tal obrigação será tanto mais bem cumprida quanto mais interligadas estiverem as três esferas da federação, o que será potencializado com a paulatina integração tecnológica, que facilitará o conhecimento por parte dos agentes de saúde e do público em geral acerca das possibilidades de tratamento disponíveis no sistema e onde é possível obtê-las.

Ademais, não é da vocação do Poder Judiciário a disponibilização de estrutura paralela ao SUS para o atendimento dos mais diversos tipos de pedidos de tratamento, medicamento, cirurgias etc. O Judiciário deve, sim, ser organizado para estar de prontidão para as lesões a direitos, mas o ideal é que estes só lhe sejam endereçados após a apreciação do caso pelos órgãos do SUS. Além de aumentar os custos da máquina pública como um todo, a via direta judicial sobrecarrega o sistema de justiça, comprometendo a resolução do conjunto de processos que estão sob o crivo

do Judiciário. No voto condutor do RE 631.240/MG⁹ constou a seguinte passagem que pode ser aplicada praticamente sem ressalvas à saúde pública:

Como se percebe, o Judiciário simplesmente não tem – e nem deveria ter – a estrutura necessária para atuar paralelamente ao INSS, como instância originária de recepção e processamento de pedidos de concessão de benefícios. Pretender transferir aos juízes e tribunais a enorme demanda absorvida pela Previdência implicaria o total colapso do sistema judiciário. Nota-se ainda que a instância administrativa, mesmo com todas as suas carências, é gratuita, fornece respostas em média muito mais rápidas e é integrada por servidores especializados. A pretendida subversão da função jurisdicional, por meio da submissão direta de casos sem prévia análise administrativa, acarreta grande prejuízo ao Poder Público e aos segurados coletivamente considerados. Isto porque a abertura deste “atalho” à via judicial gera uma tendência de aumento da demanda sobre os órgãos judiciais competentes para apreciar esta espécie de pretensão, sobrecarregando-os ainda mais, em prejuízo de todos os que aguardam a tutela jurisdicional. Por outro lado, os órgãos da Previdência, estruturados para receber demandas originárias, teria sua atuação esvaziada pela judicialização.

Por outro lado, o pedido administrativo antecedente pode ser encarado não apenas sob o ponto de vista de uma gestão mais eficiente do SUS, mas como forma de superar os obstáculos do acesso à justiça, ainda enfrentados em terras nacionais. É conhecido o clássico estudo seminal e compreensivo da década de 1970 coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth acerca dos problemas ao acesso à justiça em diversos países¹⁰. Nele foram detectados alguns obstáculos comuns às possibilidades que são dadas aos cidadãos para resolver seus litígios, sob o pressuposto de que, hodiernamente, o conceito de efetividade do acesso à justiça, derivado do Estado de bem-estar social, suplantou o conceito liberal de acesso formal ao aparato judiciário por meio dos instrumentos processuais, desconsiderando-se as peculiaridades e desigualdades existentes na realidade social. Esta realidade, muitas vezes negligenciada pelos estudos tradicionais de direito, foi enriquecida por visões sociológicas, psicológicas, antropológicas, econômicas e políticas, tornando o trabalho rico e paradigmático.

Dentre as barreiras explicitadas pelos estudiosos, convém enumerar algumas que mais se relacionam com o problema tratado no presente trabalho: (a) os custos do

9 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n° 631.250 (Tema 350), Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014.

10 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

processo, aqui englobando as custas processuais propriamente ditos e os honorários advocatícios; (b) o tempo de espera para uma solução final do litígio; (c) barreiras culturais, em especial a aptidão para reconhecer um direito e propor um ação; (d) a questão da maior possibilidade de se valer em benefício próprio dos instrumentos processuais pelos litigantes habituais em face dos litigantes eventuais, o que envolve inclusive um planejamento da porcentagem de violações do direito que serão objeto de acionamento judicial; (e) os problemas com a fragmentação inerente aos interesses difusos e coletivos e a dificuldade na sua proteção e efetivação. Convém salientar que estudos recentes no Brasil demonstram a persistência desses problemas no sistema jurídico nacional¹¹.

O pedido administrativo prévio certamente não irá resolver completamente todas estas barreiras. Porém é possível vislumbrar uma razoável contribuição nesse sentido. O requerimento administrativo não demanda o recolhimento de custas e não necessita ser patrocinado por advogado: ou seja, o custo, para o usuário do sistema, é zero. Por outro lado, a instância administrativa tende a ser mais ágil que a instância judicial, ao menos nos casos mais corriqueiros, que são o grande número de atendimentos no SUS. Com o dever de informação encarnado nos órgãos do sistema de saúde, pode-se superar a barreira cultural e dar maior acesso ao serviço público a quem não teria condições de conhecer seu direito e demandar judicialmente pela sua efetivação, capitalizando ainda mais o acesso aos mais despossuídos, que normalmente são aqueles que também dispõem de menor instrumental para o reconhecimento dos próprios direitos¹². E, por fim, elimina-se o litígio, aos menos quando o pedido é reconhecido administrativamente, o que torna irrelevante as estratégias do Poder Público enquanto litigante habitual em face dos particulares, litigantes eventuais.

Com relação à barreira da efetivação dos direitos difusos e coletivos, é relevante ressaltar que o direito brasileiro possui instrumentos processuais que possibilitam

11 A esse respeito, cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385>. Acesso em: 18 out. 2019.

12 Maria Tereza Sadek destaca como pode ser falsa a ideia de que o aumento progressivo no número de processos no Poder Judiciário significaria uma democratização do acesso à justiça, “dada a concentração da demanda por respostas judiciais em alguns poucos litigantes”, circunstância esta que contribui para acentuar as desigualdades sociais. Ademais, especificamente com relação às ações de saúde pública, a socióloga destaca que “a maior parcela dos demandantes por internações ou medicamentos possui nível socioeconômico médio e alto”. SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 60, 30 maio 2014.

a judicialização de muitos casos que envolvem o direito à saúde pública. Porém há muitos direitos que permanecem fora do radar dos legitimados nas ações coletivas, deixando seus titulares sem proteção por esta via. Talvez a instância administrativa possa dar conta de muitos direitos invisíveis, cotidianos e que não tenham tanto apelo midiático ou mesmo na opinião pública.

Outra questão que merece abordagem é a consideração da instância administrativa como meio alternativo ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos. Como o direito à saúde é invocável em face do Poder Público, tendo como titulares, ao menos potencialmente, todos os duzentos milhões de brasileiros, é natural que a judicialização desenfreada afete o funcionamento de todo o sistema de justiça, notadamente o Poder Judiciário, que vê prejudicadas muitas das suas outras competências que lhe são atribuídas pelo ordenamento jurídico.

A situação caótica vivenciada pelo Poder Judiciário brasileiro decorre da noção corrente entre muitos dos estudiosos do direito de que o direito de acesso à justiça é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário¹³. Embora tenhamos hoje um ambiente mais fértil para a introdução efetiva dos meios alternativos à resolução dos conflitos (vide, por exemplo, o artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, que expressamente prevê a solução consensual dos conflitos mediante o estímulo à conciliação e a mediação, além da arbitragem), até o presente momento não se tem implementada uma cultura de valorização da instância administrativa como caminho prévio a ser percorrido antes da judicialização do conflito em moldes tradicionais.

Dentro dessa linha de raciocínio, a instância administrativa pode ser considerada uma fase pré-processual obrigatória, que visa a encontrar uma solução ao problema específico trazido pelo usuário ao sistema de saúde. O que se propugna é que este meio alternativo, se corretamente implementado e gerido, pode ser, em muitos casos, mais efetivo que o meio tradicional do processo judicial¹⁴. Assim, dadas as peculiaridades

13 Em sentido contrário, Maria Tereza Sadek: "O direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais. Como consta do texto constitucional, são vários os mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos" (ibidem, p. 57). Todavia a autora reconhece, mais à frente, que os meios alternativos ainda não foram adequadamente implementados no Brasil, o que torna mais problemático o atual funcionamento do Poder Judiciário.

14 Muitos são os estudos a respeito da processualização da atividade administrativa e sua relação com a democracia e o respeito ao direito dos cidadãos. Cf. o estudo seminal de MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. Cf. também SUNDFELD,

do SUS, em especial seu caráter eminentemente público e universal, é perfeitamente possível conceber a instância administrativa como uma fase pré-processual estatal que tenha capacidade para melhor atender os usuários do sistema.

É de se ressaltar, por fim, que a instância administrativa também pode se revelar mais eficaz que outros meios alternativos previstos na legislação¹⁵, tais como a arbitragem e a mediação, dado o volume imenso de situações trazidas para dentro do sistema todos os dias e a necessidade de conhecimento técnico tanto da moléstia do usuário quanto do tratamento disponível em toda a rede.

3. DUAS EXCEÇÕES: A QUESTÃO DOS CASOS URGENTES E O POSICIONAMENTO NOTÓRIO CONTRÁRIO DO PODER PÚBLICO

A par das vantagens que podem ser extraídas do prévio pedido administrativo nas ações de saúde pública, pode-se vislumbrar intuitivamente ao menos duas hipóteses em que esta condição, na prática, inviabilize o exercício do direito por parte do seu titular. E tal constatação requer saber em que medida é possível a superação da exigência, viabilizando a judicialização direta da demanda e de que forma o magistrado deve agir nestas situações.

A primeira e mais evidente hipótese a considerar são os casos urgentes. Muitas vezes o transcurso do tempo pode se mostrar um fator inviabilizador do direito à saúde pública, posto que relacionado ao direito à vida. Em determinadas situações, não haverá condições práticas de se aguardar o tratamento administrativo do requerimento do particular, dada as peculiaridades do caso concreto.

Assim, é possível imaginar os casos urgentes como uma primeira exceção à exigência de prévio requerimento administrativo. Todavia há que ser ponderado que, sob o guarda-chuva da urgência, pode ser distinguido um conjunto de situações: existem

Carlos Ari. Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan.-mar. 2006.

15 Acerca da convivência da multiplicidade de métodos alternativos e a difícil escolha do mais adequado para determinado tipo de conflito, cf. MARZINETTI, op. cit., p. 110: “Diante de tal multiplicidade de métodos de solução de conflitos, importante dizer que cada qual é apropriado para litígios de naturezas distintas, de modo que a opção por um ou outro necessita de orientação prévia especializada ou, num sistema amplo de acesso a tais meios, um filtro para o encaminhamento ao método mais adequado para o conflito que se apresente”. O presente estudo, no entanto, opta por abordar a via administrativa como meio alternativo mais adequado para o tratamento dos conflitos que envolvam o Poder Público e os usuários do SUS.

os casos muito urgentes, em que é necessária uma cirurgia imediata; e existem os casos um pouco menos urgentes, em que também se faz necessário o mesmo procedimento, mas a sua realização pode ser feita dentro de uma semana. E pela própria natureza do direito à saúde, que admite uma multiplicidade de diagnósticos e prescrições médicas, a urgência não admite a fixação de prazos rígidos.

Dessa forma, a solução é a explicitação na petição inicial acerca do grau de urgência que o caso concreto requer, com comprovação documental da verossimilhança da situação, o que permitirá ao magistrado receber a petição inicial, afastando a exigência do requerimento administrativo antecedente. A argumentação formulada pelo autor deve ser feita em caráter preliminar, justificando que os trâmites burocráticos da instância administrativa, na situação específica, inviabilizarão o exercício do direito invocado pelo autor. A lesão ao direito, portanto, considera-se presumida pela própria existência da urgência.

Mas há, ainda, outra situação em que é possível entrever uma necessária superação da exigência em razão de uma presunção de lesão do direito particular. Trata-se dos casos em que a posição da Administração Pública já é notória e contrária aos interesses do particular. Esta situação foi considerada no julgamento do já citado Recurso Extraordinário nº 631.240¹⁶, sendo possível compreender sua aplicação para os casos de saúde pública. Nestas hipóteses, de fato, não há como exigir o prévio requerimento administrativo, dado que este será fatalmente indeferido, o que torna a exigência uma formalidade sem fundamento jurídico razoável e que não teria o condão de obter os citados efeitos positivos acima citados. Porém, da mesma forma, caberá ao particular alegar tal situação na petição inicial e ao magistrado verificar se há razão ou não acerca do que foi alegado.

É importante salientar que certamente surgirão situações em que será difícil o enquadramento em uma das duas exceções. Estas zonas cinzentas demandarão dos usuários do sistema uma demonstração da sua particularidade e dos juízes uma adequada análise do caso concreto, com vistas a não tornar regra as exceções ou, por outro lado, fazer destas algo repleto de requisitos formais destituídas de aplicabilidade.

16 “A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado” Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 631.250 (Tema 350), Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se demonstrar, com este breve trabalho, tanto a viabilidade jurídica quanto os efeitos benéficos para a organização do SUS e em termos de acesso à justiça do prévio requerimento administrativo nas ações de saúde pública. Sem a pretensão de esgotar o tema ou mesmo de propor uma solução única para os complexos desafios que envolvem o direito à saúde no Brasil, o objetivo foi propor uma nova forma de abordar o problema da judicialização excessiva do SUS, por meio da introdução da instância administrativa prévia como modo de contribuir para a racionalidade do sistema e, ao mesmo tempo, viabilizar o acesso efetivo ao direito à saúde pública a um maior número de cidadãos, sobretudo aqueles integrantes das camadas mais desfavorecidas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 631.250/MG (Tema 350)*. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014.

BRASIL. *Recurso Especial nº 1.734.733/PE*, Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 28.11.18. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MARZINETTI, Miguel. *Justiça multiportas e o paradoxo do acesso à Justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993,

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à justiça: uma releitura da obra da Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385>. Acesso em: 18 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 30 maio 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6 n. 23, p. 39-51, jan.-mar. 2006.

AS NOVIDADES DA “NOVA LEI DE LICITAÇÃO”

Inacio de Loiola Mantovani Fratini¹

INTRODUÇÃO

O objeto desta pesquisa tem por escopo analisar os principais aspectos da “Nova Lei de Licitações” (NLL), com a aprovação do Projeto de Lei nº 4.253, em 10 de dezembro de 2020, convertido na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, procurando desnudar as efetivas novidades e alterações trazidas pela novel legislação e as consequências positivas e negativas para a Administração Pública nas futuras celebrações de contratos administrativos.

Vale destacar que a velha conhecida Lei nº 8.666/1993, com seus quase trinta anos de existência, ainda não perdeu, por hora, totalmente sua vigência, uma vez que a NLL acabou diferindo a revogação de parcela dos institutos do referido normativo, bem como de institutos previstos na Lei do Pregão e na Lei que disciplinou o Regime Diferenciado de Contratações (Leis nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, respectivamente).

O Projeto de Lei recém-aprovado pelo Senado Federal, na forma de substitutivo que teve origem na Câmara dos Deputados e recebeu o beneplácito dos parlamentares após inúmeros outros projetos terem tido insucesso na tramitação e discussão, não por acaso chega cercado de profundas expectativas, pelos diversos atores que serão atingidos pelo plexo de novidades normativas, como os entes públicos, a iniciativa privada, os operadores do direito, bem como os órgãos de controle que, atualmente, exercem significativa influência interpretativa a partir de suas decisões.

1 Procurador do estado de São Paulo. Atua como Procurador do estado assistente na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Bacharel em Direito formado pela Universidade Paulista. Especialista em Direito Civil pela Università Degli Studi di Camerino, na Itália. Mestrando pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

Como pontos positivos trazidos pela NLL, merece destaque a possibilidade de utilização da inversão de fases para todas as modalidades de licitação, o que antes era previsto somente por algumas leis especiais, como a Lei do Pregão.

Também merece referência a previsão de mecanismos consensuais de solução dos conflitos surgidos entre a Administração Pública e os contratados, prevendo inclusive o novo instituto do *dispute boards*.

A incorporação de entendimentos já consagrados pelos órgãos de controle, notadamente aqueles decorrentes das decisões adotadas no Tribunal de Contas da União e a previsão do diálogo competitivo como nova modalidade de licitação são outras novidades que serão mais bem aprofundadas na sequência deste trabalho.

Por outro lado, a maior crítica que vem sendo feita ao novo diploma pelos administrativistas diz com o forte grau de detalhamento dos institutos, com excessiva disciplina procedimental, o que deixa reduzido caminho para o experimentalismo jurídico², posto haver significativa rigidez dos seus comandos.

Como pontuou Carlos Ary Sundfeld acerca da importância do experimentalismo e citando o exemplo do instituto do pregão que teve origem numa experiência junto a Anatel, passando num segundo momento a ter aplicabilidade para todos os entes federativos, como uma modalidade geral de licitação, o modelo nasceu de uma experiência localizada no âmbito de uma agência reguladora e, a partir desta **experiência** exitosa, foi incorporado no ordenamento jurídico pela Lei nº 10.520/2002³.

2 Pela teoria da governança experimentalista ("XG"), que tem CHARLES SABEL como seu maior representante, as decisões públicas são vocacionadas a resolver problemas concretos, mas não há muita clareza e informações para ter uma compreensão integral dos casos concretos apresentados. Assim, a governança experimentalista propõe um método de construção da decisão galgado em três pressupostos: (1) processo de aprendizagem – a decisão é construída ao longo de um processo de interação e de troca de informações entre seus destinatários ao longo de sua implementação. É na experiência concreta que as informações vêm à tona e problemas podem ser mais facilmente diagnosticados para serem melhorados; (2) adaptação decisória – as decisões devem ser adaptadas conforme as características de seu destinatário; e (3) melhor posição para decidir – as instituições podem estar em melhores posições para decidir a depender do contexto no qual se insiram. Cf. SABEL, Charles; SIMON, William apud A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas. **Sociedade Brasileira de Direito Público**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

3 "Passou-se, então, a tentar construir novamente, e usar, modelos mais abertos, mais flexíveis para a própria administração pública. Uma das mudanças importantes foi a criação do pregão, que nasceu de uma experiência na Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), então recém-constituída, e que foi em

Aliás, no Estado de São Paulo, nos últimos anos ganhou destaque a atuação da Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do Estado no campo dos contratos administrativos, notadamente no que diz respeito às concessões de serviços públicos. A dinâmica própria dos contratos de longo prazo ou nos chamados contratos incompletos, demandou por parte do Estado Bandeirante a implementação de diversos institutos, inclusive do direito estrangeiro, mesmo na ausência de previsão legal, o que pode ser considerado um exercício exitoso de experimentalismo jurídico que vem sendo visto como um modelo para os demais Estados da Federação.

Por sua vez, verifica-se que a Lei nº 14.133/2021 conta com 194 artigos, destacando que a Lei nº 8.666/93 que já era considerada uma legislação extensa e prolixa possuía 126 dispositivos, o que evidencia, de plano, que o legislador pátrio perdeu a oportunidade de criar uma legislação mais enxuta e objetiva, com maior ênfase na clamada desburocratização.

Cumpre destacar que a NLL terá incidência sobre a Administração Pública Federal, Estadual, do Distrito Federal e Municipal, abrangendo também a Administração Pública Indireta (autarquias e fundações), ressalvadas as sociedades de economia mista e demais empresas estatais que possuem disciplina própria e encontram-se regidas pela Lei nº 13.303/2016.

Conforme bem destacou Rafael Carvalho Rezende de Oliveira⁴, no título da coluna publicada sobre o tema, “Nova Lei de Licitação: um museu de novidades?”, “a nova Lei de Licitações, ao incorporar institutos consagrados em leis especiais, positivar orientações dos órgãos de controle e apresentar texto prolixo, parece um grande “museu de novidades”.

É bem verdade que, embora a nova Lei de Licitações possa ser criticada por ser um grande mosaico que buscou compilar a legislação esparsa já existente no ordenamento jurídico e também os entendimentos consolidados dos órgãos de controle,

seguida transformado numa modalidade geral de processo de contratação para toda a administração pública brasileira. Foi uma espécie de experimentalismo a partir de uma solução pontual bem-sucedida”. SUNDFELD, Carlos Ari. O mundo jurídico e os limites do real. **Saúde – Transparência e Controle nas Parcerias com Organizações Sociais**, [s. l.], p. 66-80, 2019. Disponível em: https://www.ibross.org.br/wp-content/uploads/2021/02/2020_ibross_MioloFinal.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

- 4 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitação: Um museu de novidades? **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades?>. Acesso em: 20 jan. 2022.

com raras exceções como é o caso da previsão do inédito instituto do diálogo competitivo, ainda é prematuro afirmar que o texto normativo aprovado pelo Congresso Nacional não terá reflexos positivos no ordenamento jurídico.

1. PRINCIPAIS INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Na sequência, a ideia é apresentar algumas das principais novidades incorporadas pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, sem perder de vista que muitos desses institutos que serão analisados, já contavam com previsão em leis especiais, com destaque para a *Lei do Pregão*, a Lei que instituiu o *Regime Diferenciado de Contratação* e, também, a *Lei das Estatais*.

1.1. Da inversão de Fases como regra geral

Como é cediço, a inversão de fases instituída pela Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e, depois, autorizada em algumas leis especiais, como a de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) e regramento do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011), trouxe maior dinamismo e celeridade nas contratações levadas a efeito pelo Poder Público, justamente por deixar de analisar com antecedência toda a documentação exigida pelo edital das empresas licitantes, o que acarretava lentidão da marcha procedimental diante da apresentação de recursos por parte de todos os participantes do certame que se sentissem, de alguma forma, lesados pela habilitação ou inabilitação de quaisquer interessados.

Com efeito, o artigo 17 da NLL estabelece que a fase da habilitação será posterior ao julgamento, inversão de fases que se mostra produtora e em consonância com a eficiência que permeia o procedimento licitatório. Todavia a legislação prevê no seu parágrafo primeiro do artigo 17, que o gestor, mediante ato motivado e com explicitação dos benefícios decorrentes da inversão de fases, poderá analisar a documentação de todos os licitantes antes das fases de apresentação de propostas, lances e julgamento.

Verifica-se que a lógica existente na Lei nº 8.666/1993 foi totalmente alterada, passando ser a regra que a fase da habilitação suceda a fase de propostas, lances e julgamento, permitindo-se “a inversão de fases”, somente quando houver decisão motivada demonstrando a vantajosidade de sua realização em momento anterior.

Trata-se de medida que importará em maior eficiência e agilidade no certame, reduzindo o tempo de conclusão dos processos licitatórios, tornando, inclusive, menos oneroso o procedimento para a Administração e para os licitantes.

1.2. Do Procedimento Eletrônico

No mesmo artigo 17, em seu parágrafo 2º, verifica-se que o legislador adotou como regra que as licitações serão realizadas por meio eletrônico, comportando a forma presencial quando devidamente motivada, ocasião na qual a sessão pública será registrada em ata gravada mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo.

Na mesma esteira do quanto mencionado anteriormente, a opção do legislador privilegiou a eficiência e a celeridade do certame, introduzindo, ainda, a exigência de que a sessão pública presencial, caso ocorra, seja objeto de gravação por tecnologia de áudio e vídeo, o que também prestigia a transparência do certame e, consequentemente, importa em menor risco de práticas desviadas, evitando-se a corrupção.

1.3. Do diálogo competitivo

Como já mencionado acima, a NLL trouxe como grande novidade dentre as modalidades de licitação a figura do diálogo competitivo, eliminando, por outro lado, as modalidades de licitação de tomada de preços e de convite, o que o fez, justamente, porque deixou de definir a modalidade licitatória em razão do valor do objeto, passando a exigir, para definir a modalidade de licitação aplicável à futura contratação, a aferição da complexidade do objeto.

Não obstante essas relevantes mudanças nas modalidades de licitação, pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que a grande novidade apresentada pela Lei nº 14.133/2021 é o diálogo competitivo, com previsão no artigo 32 da Nova Lei de Licitações.

O instituto do diálogo competitivo tem origem nas experiências havidas na União Europeia e também em alguns países anglo-saxões, tendo aparecido no mundo jurídico por volta do ano de 2004, valendo a menção à Diretiva 2004/18/CE, oriunda do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

A nova modalidade tem espaço quando o objeto de interesse da Administração ainda não encontra uma solução definida no mercado ou, ao menos, não esteja essa

solução ao alcance da administração, oportunidade na qual os interessados que atenderem aos requisitos objetivos previstos no edital poderão apresentar soluções inovadoras para suprir as necessidades do Poder Público.

Na modalidade de diálogo competitivo, a ideia é que os participantes do certame compartilhem de sua expertise no curso da licitação e que o Poder Público, por meio dos diálogos, tenha acesso a novas metodologias e a tecnologia de domínio restrito do mercado, encontrando uma modelagem customizada, no melhor estado da arte, para a satisfação do interesse público.

Considerando que nessa modalidade de licitação as soluções apresentadas decorrem do *know-how* das empresas e envolvem, no mais das vezes, técnicas que se substanciam em segredos empresariais, é imprescindível que os participantes observem o necessário sigilo do procedimento, comprometendo-se com sua confidencialidade.

Cabe salientar que essa modalidade de licitação se desenvolve em fases, havendo, num primeiro momento, a fase de diálogo, na qual as empresas que atenderem aos requisitos objetivos previstos no edital e sejam pré-selecionadas iniciarão os diálogos buscando encontrar a solução inovadora esperada pelo Poder Público. Uma vez concluído o diálogo, deverá a administração juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo e iniciar a segunda fase, chamada de competitiva, com divulgação, também por edital, que deverá conter as especificações da solução que atenda às suas necessidades e aos critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa.

Diante da complexidade intrínseca dessa modalidade de licitação, o legislador fixou, de antemão, que a condução do certame será levada a efeito por comissão de contratação composta por pelo menos três servidores, e não por agente de contratação, conforme distinção que será mais bem explicitada adiante, possibilitando à Administração Pública, caso haja necessidade, a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.

Cumprе destacar, ainda, que a NLL acabou incorporando, em seu texto normativo, o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), antes previsto na Lei de Concessões e que agora passa a ter maior abrangência, aplicando-se a todas as contratações.

Por sua vez, é mister salientar que o Procedimento de Manifestação de Interesse se difere do Diálogo Competitivo, pois, enquanto aquele é um procedimento que

antecederá uma futura e possível licitação, este já se revela como uma modalidade de licitação que culminará na contratação da empresa que apresentar a melhor solução de inovação para o Poder Público.

1.4. Do orçamento sigiloso

É correto dizer que o orçamento sigiloso não é propriamente uma novidade, pois já se fazia presente no Regime de Contratação Diferenciada e também na Lei das Estatais. Porém o orçamento sigiloso foi incorporado na NLL, com aplicação para todas as modalidades de licitação, conforme previsão do artigo 24⁵.

O dispositivo exige, para utilização do orçamento sigiloso, que haja justificativa por parte do gestor público, sempre com vistas à maior vantajosidade. O escopo do orçamento sigiloso é justamente viabilizar propostas com valores mais baixos, uma vez que, quando o objeto do contrato já conta com estimativa no edital, os participantes tendem a apresentar propostas em montantes próximos ao valor de referência.

O inciso I ressalva, todavia, que o sigilo não incide em face dos órgãos de controle interno e externo. Desse modo, as Controladorias Gerais, os Tribunais de Contas e Ministério Público poderão ter acesso ao orçamento. Essa previsão revela a força que os órgãos de controle vêm assumindo nos últimos tempos, com enfoque para os Tribunais de Contas que, algumas vezes, acabam até mesmo se imiscuindo nas decisões da Administração Pública, mesmo antes de encerrado o certame licitatório (controle “a priori”).

Por fim, o inciso II, que determinava que o orçamento seria tornado público assim que concluída a fase de julgamento das propostas, o que viria ao encontro do princípio da publicidade, que tem sede Constitucional no “caput” do artigo 37, foi vetado pelo presidente da República, tendo sido o veto mantido pelo Congresso Nacional. Embora diferido, o princípio seguia sendo prestigiado, garantindo que sua missão de propiciar o controle dos atos administrativos fosse fielmente cumprida.

5 Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, e, nesse caso: I – o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo; II – o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas (vetado pelo Chefe do Executivo e mantido o veto pelo Congresso Nacional). Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

Interessante pontuar a previsão constante do § 4º do artigo 59, que traz critérios objetivos para aferir a inexecutabilidade da proposta, dispondo o legislador que, no caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela administração.

Considerando que não houve qualquer ressalva em relação ao procedimento que adote o orçamento sigiloso, por questão de hermenêutica, esse critério objetivo há que ser considerado também para a hipótese do artigo 24, o que faz crescer a necessidade de lisura dos gestores públicos em não compartilhar de maneira criminosa o valor estimado do contrato, sob pena de representar uma avenida aberta para práticas indevidas.

1.5. Da obrigatoriedade de Estabelecimento de Programa de “Compliance” para as aquisições de grande vulto

É fato que a história do Brasil é marcada por inúmeros escândalos de corrupção, e o descortinamento dos desvios de dinheiro, que expôs visceralmente um grave problema do modelo de relacionamento estabelecido entre o Poder Público e as empresas, fez crescer a preocupação dos operadores do direito e dos legisladores, culminando com a edição de leis com o escopo de diminuir a prática de atos lesivos ao patrimônio público, com a edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que estabeleceu os acordos de colaboração e de leniência.

Nessa esteira, a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a obrigatoriedade de criação, pelas empresas públicas, de um programa de *compliance*, estabelecendo como prazo-limite o dia 30 de junho de 2018⁶, conforme se verifica da exigência constante do artigo 1º, § 1º, c.c. artigo 6º⁷, da citada Lei, que traz a obrigatoriedade de criação de um programa de integridade.

6 Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

7 Art. 6º. O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

A Lei das Estatais não fez qualquer diferenciação entre as empresas públicas e sociedades de economia mistas de grande porte, e outras que tenham menor envergadura econômica, exigindo de maneira linear a observância da obrigatoriedade de adoção de um programa de *compliance* no prazo mencionado.

Com relação a essa previsão para a Lei das Estatais, pode-se dizer que não se trata de mera exigência formal, pois a previsão legal traz regras que vão repercutir diretamente nas contratações levadas a efeito pelas entidades estatais, pois há reflexos com relação à contratação de empresas privadas, com obrigatoriedade de observância nas licitações e contratos, de uma política de integridade nas transações com partes interessadas⁸.

Cumpre salientar que a Petrobras já aplica há algum tempo um Programa de Prevenção da Corrupção com escopo de implementar uma política de integridade, obstando a contratação de empresas que não atendam aos critérios definidos no *Due Diligence* de Integridade. O Tribunal de Contas da União, uma vez instado a analisar a previsão dessa norma infralegal, não a considerou como contrária ao ordenamento jurídico.

O mencionado Programa da Petrobras de Prevenção da Corrupção (PPPC) prevê a utilização do sistema de “Due Diligence de Integridade” (DDI), que tem por escopo aumentar a segurança nas relações contratuais levadas a efeito pela estatal, buscando reduzir riscos, ancorado na avaliação de critérios de integridade que devem ser atendidos pelos seus fornecedores. Para compor esses critérios, as empresas necessitam contribuir, encaminhando informações sobre a forma de estrutura organizacional, sobre o relacionamento com agentes públicos e, ainda, o histórico de integridade da pretendente a contratação⁹.

A Nova Lei de Licitações no § 4º do artigo 25, estabeleceu que, nas contratações de obras, serviços e fornecimento **de grande vulto**, há necessidade de previsão editalícia da obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contados da celebração do contrato.

8 Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...] V – observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.

9 Disponível em: <https://canalfornecedor.petrobras.com.br/pt/compliance/due-diligence-de-integridade/>. Acesso em: 4 mar. 2021.

Neste tópico pode ser vislumbrado o inequívoco intento do legislador de trazer para o recém-aprovado texto normativo sobre licitações e contratos mecanismos anticorrupção, na esteira do que já constou na Lei das Estatais e em outros regulamentos mais recentes.

Com efeito, pode-se dizer que o legislador, de maneira acertada, exigiu a instituição de programa de integridade somente para os casos de contratação de grande vulto, pois essa exigência certamente influirá no custo da licitação e estará precificado na proposta a ser apresentada pelos seus participantes, o que se mostraria contraproducente caso fosse adotado como regra geral para todos os contratos celebrados pelo Poder Público, inclusive para contratos sem grande expressividade econômica.

1.6. Do agente de contratação

A Lei nº 8.666/1993 estabelecia, em seu artigo 51, que as comissões de licitação poderiam ser permanentes ou especiais, prevendo como componentes da comissão no mínimo 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes do órgão da Administração responsável pela licitação.

Essa exigência da Lei nº 8.666/1993 sempre trouxe muitos problemas para os entes federativos, em especial para pequenos municípios e órgãos menos estruturados, pois a indicação acabava recaindo em servidores sem experiência e com diminuta qualificação, por absoluta ausência de recursos humanos com capacitação necessária para desempenhar esse “múnus”. E justamente essa falta de treinamento acabava gerando inobservância das regras da licitação pelos integrantes da comissão, importando em prejuízos para a Administração e para os licitantes, redundando muitas vezes em processos administrativos disciplinares ante a violação de deveres funcionais.

A Lei nº 10.520/2002, por sua vez, buscou encaminhar de maneira diversa essa questão, atribuindo a tarefa de condução do certame ao pregoeiro e respectiva equipe de apoio, conforme prevê o inciso IV do artigo 3º da referida Lei.

Por sua vez, a Nova Lei de Licitação inovou possibilitando a designação de um agente de contratação com capacitação para desempenhar as funções e correlata equipe de apoio, com similitude do sistema previsto na Lei de Pregão acima comentada, nos termos do inciso LX do artigo 6º, c.c. artigos 7º e 8º da Lei.

Constata-se o acerto da Nova Lei ao exigir, no inciso II do artigo 7º, que o “agente de contratação tenha atribuições relacionadas à licitação e a contratos ou possua formação compatível ou **qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público**” (grifo nosso).

Procurou o legislador pátrio conferir maior grau de profissionalização do agente estatal que ficará responsável por todo o plexo de atividades intrínsecas ao certame licitatório, exigindo da autoridade competente que o ato de designação recaia em servidor que reúna os requisitos objetivos previstos nos incisos do artigo 7º da Lei.

Não obstante, houve a manutenção na NLL da comissão agora denominada de “comissão de contratação”, que terá espaço quando a contratação envolver bens e serviços especiais, hipótese na qual o agente de contratação poderá ser substituído por comissão composta de, no mínimo, três membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão (§ 2º do artigo 7º da Lei nº 14.133/2021).

Cumprir pontuar que o artigo 10 da Lei permitiu a defesa dos agentes públicos que tiverem participado da licitação e tenham se conduzido em estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado por órgão de assessoramento jurídico da administração. Nesse caso, a advocacia pública poderá promover a representação judicial ou extrajudicial do agente público.

No âmbito do estado de São Paulo, a questão já havia sido enviada para a Assembleia Legislativa por meio do Projeto de Lei Complementar nº 33/2006, porém o projeto não contou com a aprovação dos parlamentares.

Não se pode olvidar que essa previsão não tem por objetivo viabilizar a defesa de atos ilegais, tampouco de defender agente público por atos de corrupção como propalam alguns desavisados, e sim realizar a representação judicial ou extrajudicial do agente público que tenha atuado com estrita observância da recomendação exarada pelos órgãos de assessoramento jurídica da administração em parecer jurídico.

1.7. Da alteração dos valores para contratação direta

A presente alteração visa dar maior mobilidade para a Administração Pública, que poderá realizar contratação direta com dispensa de licitação para aquisição de obras, bens e serviços, observado o limite de valores estabelecidos na NLL, que foi fixado em até R\$ 100 mil para obras de engenharia e até R\$ 50 mil para bens e serviços.

Para ter dimensão do quanto esse aumento significa em termos numéricos, basta recordar que a alteração trazida pela Lei nº 9.684/1998 atualizou os valores da Lei nº 8.666/1993, para o montante de até R\$ 15 mil para obras de engenharia e de até R\$ 8 mil para aquisição de bens e serviços, conforme previsão dos incisos I e II do artigo 24, valores estes que representam 10% do valor previsto para a contratação na modalidade de convite, que remete à alínea “a” do inciso I do artigo 23 e alínea “a” do inciso II do mesmo dispositivo, respectivamente.

Segundo nota técnica do Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União “Nota Técnica nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC”¹⁰, realizando a atualização dos valores pelo Índice de Preços ao Consumidor desde a última atualização que tinha ocorrido pela Lei nº 9.684/1998 até o ano de 2017, quando se deu o estudo, chegar-se-ia ao percentual de 230,16%. Caso esse percentual tivesse sido aplicado para atualizar os valores da Lei nº 8.666/1993 para fins de dispensa de licitação, os novos valores para contratação direta seriam R\$ 49.524,12 para obras de engenharia e de até R\$ 26.412,86 para aquisição de bens e serviços que não aqueles de engenharia.

Esses montantes foram novamente atualizados pelo Decreto nº 9.412/2018, que, embora não tenha atingido os patamares do estudo, estabeleceu o montante de R\$ 33 mil para a contratação com dispensa de licitação relacionada a obras e serviços de engenharia, e o montante de R\$ 17.600,00 para a contratação direta relativa a bens e serviços.

Desse modo, o aumento dos valores para a contratação direta em razão do pequeno valor trazido pela NLL corrobora os estudos apresentados na Nota Técnica mencionada, que propugnam que a atualização do valor permitido pela lei para fins de contratação direta se mostra como ponto essencial para potencializar a eficiência nos certames licitatórios.

1.8. Mecanismos alternativos de solução dos conflitos

Há tempos é sabido que a constante judicialização dos conflitos surgidos entre a Administração Pública e os contratados tem trazido prejuízos para ambas as

10 Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc-1.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

partes, seja pelas decisões que por vezes se afastam da tecnicidade intrínseca de certos contratos complexos, notadamente aqueles de longo prazo, seja pela demora na prestação da resposta jurisdicional em disputas que podem levar mais de uma década para alcançar o trânsito em julgado.

Essa incerteza jurídica, além de afastar possíveis investidores nacionais e internacionais, provoca, outrossim, aumento no custo da contratação com o Poder Público, refletindo em propostas mais custosas que embutem no custo da operação futuras demandas inerentes aos contratos, como aquelas decorrentes de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, revisão contratual e demais controvérsias que possam surgir entre Poder Público e o contratado.

Em razão dos problemas mencionados e da necessidade de maior celeridade para a resolução dos entraves surgidos no curso das contratações, houve um clamor no meio jurídico para que fossem criados meios alternativos, chamados por muitos operadores do direito de meios adequados de solução dos conflitos, dando ensejo à aprovação de inúmeros textos normativos, dentre os quais se destacam a Lei do Juizado Especial nº 9.099/1995, a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.3017/1996), bem como a previsão de soluções alternativas na Lei de Concessão Comum e nas Parcerias Público-Privadas (respectivamente no artigo 23-A da Lei nº 8.987/1995 e inciso III, do artigo 11, da Lei nº 11.079/2004).

Sobre o tema, a professora Juliana Bonacorsi de Palma destaca que, embora a consensualidade não seja um fenômeno recente no Direito brasileiro, que já previa há muito o instituto da desapropriação amigável (Decreto-Lei nº 3.365/1941), o movimento mais acentuado de estruturação do consensualismo no Brasil é mais recente, tendo maior concentração a partir da década de 1990¹¹.

Esses mecanismos alternativos de solução das controvérsias se mostraram de grande relevância e passaram a constar de quase todos os contratos de longo prazo,

11 “O panorama muda significativamente na década de 1990, quando se verifica a efetiva abertura normativa à consensualidade por duas vertentes: aumento quantitativo da previsão dos acordos administrativos e ampliação do rol de setores cujas disciplinas jurídicas passaram a prever a atuação administrativa consensual. Embora esse processo seja intensificado a partir da primeira metade de 2000, notadamente por conta do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras para construir seu arcabouço regulatório, é certamente no período da década de 1990 que o plano normativo do direito administrativo sinaliza a ascensão da consensualidade no exercício da função administrativa” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.).

viabilizando uma correta definição das questões por câmaras arbitrais acerca de revisão tarifária ou solicitações de reequilíbrio econômico-financeiro que demanda conhecimento aprofundado e técnico sobre o tema, o que era difícil de encontrar no Poder Judiciário.

A Nova Lei de Licitações acabou por incorporar esses mecanismos, como a utilização da arbitragem e da conciliação, prevendo também a utilização do comitê de resolução de disputas ou *Dispute Boards*¹².

O instituto do *dispute boards* é um mecanismo alternativo de solução de conflitos, que tem origem no direito privado, normalmente incidente nos contratos de longo prazo e que passou a ser utilizado pelo Poder Público nas contratações de obras públicas. O município de São Paulo foi o primeiro ente público a prever em lei esse instituto (Lei nº 16.873/2018).

De modo geral, o comitê de resolução de conflitos é formado por três experts, sendo dois engenheiros e um advogado, que terão a missão de evitar controvérsias trazendo um posicionamento acerca das demandas ou dúvidas trazidas pelas partes. Esse sistema é amplamente utilizado no direito estrangeiro e aparece, nos últimos tempos, como importante alternativa para o Poder Público e para os particulares que com ele se relacionam.

Como maiores benefícios decorrentes da utilização do *dispute boards*, podem ser mencionados: o significativo percentual de resolução dos conflitos, o reduzido custo do procedimento e, ainda, a maior celeridade em que as questões são finalizadas, o que vem ao encontro da eficiência tanto propalada pela reforma administrativa que buscou a alteração do paradigma anterior da *Gestão Burocrática* para um modelo de *Administração Pública Gerencial*.

Não é demais ressaltar que o princípio da duração razoável do processo foi incluído no rol dos direitos fundamentais, conforme se verifica do inciso LXXVIII do artigo 5º, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

1.9. Do Portal Nacional de Contratações Públicas

Buscando reunir as informações sobre licitações públicas em um só espaço, estabeleceu o legislador a criação de sítio eletrônico oficial das contratações públi-

12 “Artigo 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”.

cas, contando com representantes de diversos entes federativos, com o escopo de viabilizar a organização de cadastramentos digitais, unificação e compartilhamento de informações atinentes às licitações. Os contratos e seus aditamentos deverão ser publicados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), e aludida medida aparece na Lei como condição de eficácia do contrato.

A implementação do Portal permitirá maior transparência dos negócios celebrados pelo Poder Público, com ênfase para a utilização de plataforma digital apta a viabilizar o compartilhamento de informações.

1.10. Da contratação integrada

A contratação integrada já constava do Regime Diferenciado de Contratação e tem por escopo possibilitar que a empresa vencedora do certame seja responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, ficando também responsável pela execução do contrato, reduzindo a possibilidade dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro decorrentes de falhas no projeto básico e executivo, o que normalmente ocorria nas demais modalidades de licitação, por não haver correspondência entre o autor do projeto e o executor da obra.

Essa possibilidade também foi contemplada na NLL, conforme se verifica da definição trazida pelo art. 6º, inciso XXXII, assim dispondo:

Art. 6º. [...]

XXXII – contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

Interessante salientar que o § 3º do artigo 22 exige que, no caso de ser adotada a modalidade de contratação integrada ou de contrato de grande vulto, o edital deverá obrigatoriamente contemplar a matriz de alocação de riscos entre o contratante e contratado. Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo prevê que os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade.

Como mencionado, trata-se de importante inovação trazida inicialmente pelo Regime de Contratação Diferenciada, que bem utilizada pode trazer maior eficiência na execução dos contratos administrativos, justamente por possibilitar que a mesma

pessoa jurídica que elaborou o projeto básico irá executar a obra, o que tende a reduzir uma disfunção contratual entre a elaboração do projeto e a sua futura execução¹³. Nesse sentido, muitos foram os pleitos de revisão ordinária ou extraordinária do contrato, calcada em falhas do projeto quando o executor não o havia elaborado.

A doutrina tem enxergado com bons olhos esse regime de contratação, justamente por evitar significativamente os pleitos dos contratados para a efetivação de reequilíbrio econômico-financeiro, por falhas no projeto básico.

Segundo o texto aprovado pelo Congresso Nacional, essa modalidade de contratação somente poderia ser usada pela Administração Pública quando se tratasse de contratação de obras, serviços e fornecimentos cujos valores ultrapassem o previsto para as parcerias público-privadas. Desse modo, somente poderia ser utilizada essa modalidade de licitação quando o objeto tivesse valor de R\$ 10 milhões ou mais, conforme inciso I, do § 4º do artigo 2º, da Lei nº 11.079/2004. Todavia, os § 7º do artigo 46, que estabelecia este patamar mínimo de valor, foi vetado pelo Chefe do Executivo¹⁴, cujo veto restou mantido pelo Congresso Nacional, não mais incidindo a mencionada limitação.

13 “A previsão legislativa de um regime contratual que dispensa a elaboração do projeto básico pela Administração Pública revela mais do que uma busca por maior eficiência nas contratações administrativas. Na verdade, parece refletir também uma preocupação com o problema crônico de planejamento que tem marcado as licitações públicas no Brasil. Por diversas razões, a experiência prática aponta que o planejamento e a elaboração de projetos pela Administração Pública são dois dos principais impasses que põem em causa a eficiência dos contratos celebrados. A deficiência no planejamento produz em si uma ‘álea’ que, no mais das vezes, gera prejuízos tanto ao particular quanto, invariavelmente, desperdício de recursos e de tempo também para o Poder Público”. REISDORFER, Guilherme F. Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratação (Lei 12.462/2011). **Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 55, set. 2011. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Guilherme.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

14 Artigo 46, § 7º – Os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente poderão ser aplicados nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimentos cujos valores superem aquele previsto para os contratos de que trata a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Razões dos vetos** – A propositura legislativa estabelece que os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente poderão ser aplicados nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimentos cujos valores superem aquele previsto para os contratos de que trata a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Entretanto, e em que pese o mérito da proposta, a medida contraria o interesse público na medida em que restringe a utilização dos regimes de contratação integrada e semi-integrada para obras, serviços e fornecimentos de pequeno e médio valor, em prejuízo à eficiência na Administração, além do potencial aumento de custos com a realização de posteriores aditivos contratuais. Outrossim, considerando o conceito estabelecido no art. 6º, incisos XXXII e XXXIII, do Projeto de Lei, para os regimes de execução em questão vê-se o risco de que tecnologias diferenciadas fiquem impossibilitadas de serem internalizadas em obras de médio e menor porte, tais como: obras de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, no âmbito da segurança pública, melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, SUS e PAC. Por fim, tem-se

CONCLUSÃO

No curso do presente trabalho se procurou fazer um voo panorâmico sobre as principais novidades que serão incorporadas à NLL, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas trazer alguns aspectos relevantes que irão impactar direta ou indiretamente a Administração Pública, refletindo, ainda, na forma como o Poder Público deverá se relacionar com as empresas contratadas, com vistas à conformidade de sua atuação, seguindo padrões de integridade que nortearão suas decisões.

Como destacado nos inclusos apontamentos, houve grande preocupação do legislador com o combate à corrupção e a práticas que observem um efetivo *accountability* por parte dos gestores públicos, o que vem sendo também fortemente estimulado pelo rigoroso controle realizado pelos órgãos de contas.

Se, por um lado, a previsão de regras que visam ao combate de atos nocivos ao erário, aliado ao crescente aumento de poder dos órgãos de controle externo, pode conferir maior lisura nos atos dos agentes públicos, trazendo um sentido positivo ao conjunto de medidas de controle existente no ordenamento jurídico, por outro, também importa, em maior receio do gestor, em adotar medidas inovadoras, afastando-o do experimentalismo jurídico, que poderia trazer planejamentos inéditos de políticas públicas, mas acaba redundando no que se convencionou chamar de “apagão das canetas”.

Esse será um grande desafio do administrador, que terá que entender rapidamente o funcionamento dessa nova disciplina, bem como antecipar-se à interpretação que será realizada pelos órgãos de controle, especialmente pelo alto grau procedimental de uma lei que poderia ter sido mais concisa e menos burocrática.

De qualquer modo, há inegável valor do novo texto normativo, que conseguiu reunir, em um único texto, diversos institutos que se encontravam dispersos, positivando, ainda, alguns entendimentos já sedimentados dos órgãos de controle que agora passam a ter força de lei, além de prever institutos novos incorporados da legislação estrangeira.

Em arremate, esse novo regramento sobre licitações e contratos representa importante sinalização para um novo caminhar da Administração Pública, servindo de verdadeiro vetor interpretativo, no sentido da eficiência, da integridade e de boa política de governança.

que o dispositivo impacta negativamente em diversas políticas públicas sociais que hoje utilizam a contratação integrada como meio mais efetivo para a realização dos fins traçados no planejamento estatal.”

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitação: Um museu de novidades? *Consultor Jurídico*, 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades?>. Acesso em: 20 jan. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público*, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratação (Lei 12.462/2011). *Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 55, set. 2011. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Guilherme.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. O mundo jurídico e os limites do real. *Saúde – Transparência e Controle nas Parcerias com Organizações Sociais*, [s. l.], p. 66-80, 2019. Disponível em: https://www.ibross.org.br/wp-content/uploads/2021/02/2020_ibross_MioloFinal.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

MEDIDAS DE URGÊNCIA NA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO

Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes¹

INTRODUÇÃO

Com o incremento da globalização, as relações jurídicas tendem, cada vez mais, a superar os limites de um único Estado. No curso do processo, a transnacionalidade do conflito redundando na exigência da prática de diligências ou no reconhecimento de decisões judiciais em um Estado estrangeiro. Compete justamente aos instrumentos de cooperação jurídica internacional², no âmbito do direito internacional privado, viabilizar a interação processual entre jurisdições e assegurar a atuação conjunta dos Estados.

Na busca de efetividade internacional da jurisdição, assume grande importância o tratamento dado às decisões concessivas de medidas urgentes, mormente em virtude do perigo que o atraso da sua concretização representa para o jurisdicionado. Nesse contexto, este texto se debruça sobre a abordagem da legislação brasileira em relação às medidas de urgência na cooperação jurídica internacional, isto é, como o Direito nacional assegura, em litígios transnacionais, que a parte tenha o seu interesse garantido em situações em que a demora da materialização do contraditório pleno e da jurisdição definitiva coloca em risco a efetividade do seu direito.

1 Procurador do estado de São Paulo.

2 Há quem entenda ser mais adequada a expressão “cooperação interjurisdicional”. É que “os litígios transnacionais, alvo da tutela judicial transnacional, são aqueles que possuem elementos conectados em mais de um Estado. Nesses casos, a efetividade da jurisdição depende, sempre, da atuação conjunta de Estados soberanos. Daí a expressão ‘cooperação’. É bem verdade que não se trata exatamente de uma cooperação internacional, já que esta expressão é mais apropriada às relações de Direito Internacional Público e, portanto, à tutela judicial perante tribunais internacionais. Chega-se, assim, à expressão ‘cooperação interjurisdicional’” (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 80-111, 2009, p. 82).

Para esse efeito, pautado em uma pesquisa exploratória e propositiva, o artigo se desdobra em três partes: na primeira, realiza-se uma análise descritiva do marco legal brasileiro acerca da matéria; na segunda, apontam-se os problemas decorrentes de inconsistências no Direito nacional sobre o tema; e, na terceira, examinam-se os dispositivos do *Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América*, demonstrando como o documento pode servir de inspiração para o legislador brasileiro.

1. MARCO LEGAL BRASILEIRO

No país, as regras sobre cooperação jurídica internacional estão distribuídas na Constituição Federal (CF)³, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴, no Código de Processo Civil (CPC)⁵, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça⁶ e nos diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Analisando esse marco legal, extrai-se que, no âmbito da cooperação jurídica internacional, a concessão de medida de urgência pode se dar em três momentos diferentes.

Em primeiro lugar, ela pode ocorrer de forma incidental ao processo de homologação de sentença estrangeira. Foi a Resolução nº 9/2005⁷ do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que introduziu essa norma, e o art. 216-G do Regimento Interno do tribunal, por sua vez, reproduziu o dispositivo: “Art. 216-G: Admitir-se-á tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentença estrangeira”. Mais recentemente, o art. 961, § 3º, do CPC previu que “a autoridade judiciária brasileira poderá

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

4 BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Casa Civil, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

5 BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

6 BRASIL. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, DF: STJ, 2021. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 11 dez. 2021.

7 BRASIL. *Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005*. Brasília, DF: STJ, 2005. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>. Acesso em 11 dez. 2020.

deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira”.

Em segundo lugar, faculta-se a execução, no território nacional, de decisão estrangeira concessiva de medida de urgência. O CPC admitiu expressamente essa possibilidade no art. 962⁸, dispondo que sua execução se dará pela via da carta rogatória.

À carta rogatória, por sua feita, deve ser concedido o *exequatur*. Trata-se, segundo o art. 105, I, *i*, da CF⁹, de procedimento de competência concentrada no STJ¹⁰, que deve realizar o juízo de delibação com base nos critérios constantes do art. 963 do CPC¹¹. Uma vez deferido o *exequatur*, a parte beneficiada deve ingressar com pedido de cumprimento perante o juízo federal competente (art. 109, X, da CF¹²; art. 965 do CPC¹³).

A necessidade de concessão de *exequatur* é excepcionada apenas naquelas hipóteses expressamente previstas em lei ou tratado (arts. 961¹⁴ e 962, § 4º, do

-
- 8 Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência. § 1º – A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória. § 2º – A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior. § 3º – O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira.
- 9 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.
- 10 Foi a Emenda Constitucional nº 45/2004 que transferiu a competência ao Superior Tribunal de Justiça, que, desde a Constituição Federal de 1934, pertencia ao Supremo Tribunal Federal.
- 11 Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: I – ser proferida por autoridade competente; II – ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; III – ser eficaz no país em que foi proferida; IV – não ofender a coisa julgada brasileira; V – estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado; VI – não conter manifesta ofensa à ordem pública. Parágrafo único. Para a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, observar-se-ão os pressupostos previstos no caput deste artigo e no art. 962, § 2º.”
- 12 Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o ‘*exequatur*’, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização.
- 13 Art. 965. O cumprimento de decisão estrangeira far-se-á perante o juízo federal competente, a requerimento da parte, conforme as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional. Parágrafo único. O pedido de execução deverá ser instruído com cópia autenticada da decisão homologatória ou do *exequatur*, conforme o caso.
- 14 Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

CPC¹⁵). É o que ocorre, por exemplo, com o art. 7º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias¹⁶ e o art. 19 do Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul¹⁷ (Protocolo de Ouro Preto)¹⁸.

Há quem sustente ser a referida norma inconstitucional, ao argumento de que o art. 105, I, *i*, da CF estabeleceu a obrigatoriedade de homologação de toda sentença estrangeira e de concessão de *exequatur* a toda carta rogatória. Opondo-se a essa posição, Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio defendem que

a regra constitucional (art. 105, I, *i*, da CF) traduz uma norma de competência interna. Assim, aquelas sentenças que precisam ser homologadas e as rogatórias que necessitam receber o *exequatur* deverão recebê-los do STJ. Isso, contudo, não significa que todas as sentenças estrangeiras carecem de homologação, tampou-

15 Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência. § 4º – Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

16 Art. 7º. As autoridades judiciárias das zonas fronteiriças dos Estados Partes poderão dar cumprimento, de forma direta, sem necessidade de legalização, às cartas rogatórias previstas nesta Convenção. BRASIL. Decreto nº 1.899, de 9 de maio de 1996. Promulga a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, de 30 de janeiro de 1975. Brasília, DF: Casa Civil, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1899.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

17 BRASIL. Decreto Legislativo nº 192, de 1995. Aprova o texto do Protocolo de Medidas Cautelares, aprovado mediante a Decisão nº 27, de 1994, do Conselho do Mercado Comum (Mercosul), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto, nos dias 16 e 17 de dezembro de 1994. Brasília, DF: Casa Civil, 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1995/decretolegislativo-192-15-dezembro-1995-356284-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 dez. 2020.

18 Art. 19. A carta rogatória relativa ao cumprimento de uma medida cautelar será transmitida pela via diplomática ou consular, por intermédio da respectiva Autoridade Central ou das partes interessadas. Quando a transmissão seja efetuada pela via diplomática ou consular, ou por intermédio das autoridades centrais, não se exigirá o requisito da legislação. Quando a carta rogatória for encaminhada por intermédio da parte interessada, deverá ser legalizada perante os agentes diplomáticos ou consulares do Estado requerido, salvo se, entre os Estados requerentes e requerido, haja sido suprimido o requisito da legalização ou substituído por outra formalidade. Os Juízes ou Tribunais das zonas fronteiriças dos Estados Partes poderão transmitir-se, de forma direta, os ‘*exhortos*’ ou cartas rogatórias previstos neste Protocolo, sem necessidade de legalização. Não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares o procedimento homologatório das sentenças estrangeiras. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 606-607.

co a concessão de *exequatur* a todas as rogatórias provenientes do exterior. Essa orientação, que aqui se defende como a melhor está retratada no CPC de 2015.¹⁹

Ainda quanto à possibilidade de execução de decisão estrangeira concessiva de medida de urgência pela via da carta rogatória, importante lembrar que, por muito tempo, ainda quando a Constituição lhe atribuía a competência concentrada para tanto, o Supremo Tribunal Federal negava a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias executórias, uma vez que, segundo a jurisprudência até então dominante, elas só poderiam ter como objeto atos ordinatórios e probatórios, como citação, intimação e obtenção de provas²⁰. O STJ, contudo, ao assumir a competência para o juízo de delibação, alterou esse entendimento, passando a prever, no art. 216-O, § 1º, do seu Regimento Interno, que “será concedido *exequatur* à carta rogatória que tiver por objeto atos decisórios ou não decisórios”. O CPC de 2015 manteve então a orientação que já prevalecia no Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, em terceiro lugar, observam-se aqueles casos em que o procedimento moroso de execução de decisão estrangeira não é compatível com a tutela de urgência. Vale dizer, a demora entre a expedição da carta rogatória, passando pela concessão do *exequatur* no Superior Tribunal de Justiça, e, finalmente, a execução efetiva do título no juízo federal de primeiro grau já é suficiente para colocar em xeque a efetividade do direito alegado. Em tais hipóteses, o art. 27, IV, do CPC²¹ autoriza a dissociação entre o processo de conhecimento e o processo cautelar no plano transnacional, com o aforamento das medidas de urgência diretamente no Estado onde se pretende sua execução, independentemente do prévio pronunciamento do juízo do processo principal.

É assim, portanto, que o Direito brasileiro cuida da matéria.

2. PROBLEMAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Examinado o marco legal brasileiro sobre medidas de urgência na cooperação jurídica internacional, nota-se a existência de problemas decorrentes de inconsistências e omissões do nosso Direito.

19 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 606-607.

20 STF, j. 25.06.1980, CR 3.237, Rel. Min. Antonio Neder; STF, DJU 26.04.1999, CR 8525/EUA, Rel. Min. Celso de Mello (DOLINGER; TIBURCIO, op. cit. p. 611).

21 Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto: IV – concessão de medida judicial de urgência.

Inicialmente, como visto, é patente a inefetividade do procedimento de execução de decisão estrangeira concessiva de medida de urgência. Impor que a carta rogatória passe necessariamente pelo rito burocrático e nada célere de concessão do *exequatur* perante um único tribunal com competência concentrada revela-se absolutamente incompatível com o caráter urgente desse tipo tutela. Na prática, isso resulta na inutilidade do uso desse meio pelo jurisdicionado que demanda urgência na satisfação ou na conservação do seu direito. A exceção fica por conta apenas daqueles casos previstos pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, já citados, em que está dispensada a homologação da decisão estrangeira e, assim, abreviado o tempo da execução da tutela, tal como consta no art. 7º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias e no art. 19 do Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul (Protocolo de Ouro Preto).

Considerando a morosidade do referido procedimento, o aforamento das medidas de urgência diretamente no tribunal requerido se apresenta como alternativa ao interessado, sendo essa a via que acaba sendo mais utilizada nos casos verdadeiramente urgentes. Ainda assim, é o rito com o qual o CPC menos se ocupa, limitando-se a citar, no seu art. 27, IV, que “a cooperação jurídica internacional terá por objeto: IV – concessão de medida judicial de urgência”. Dessa forma, inexiste, no Direito brasileiro, um regimento claro a respeito.

Tal omissão gera uma série de dúvidas sobre a amplitude da concessão da tutela de urgência pelo juiz brasileiro em litígios transnacionais. No estágio atual, estão em aberto questões como: a) com base em que critérios é possível apurar a competência do Estado requerido para o deferimento da medida, de maneira que o princípio do juiz natural não seja vilipendiado?; b) qual a lei aplicável para reconhecer o *fumus boni iuris*, a do Estado do processo principal ou a do processo cautelar?; c) sendo aplicável a lei do Estado estrangeiro, existe juízo de delibação na concessão da medida? Isto é, deve o magistrado examinar se o direito reclamado se compraz com a ordem pública brasileira?; d) havendo juízo de delibação, apenas o STJ seria competente para receber o pedido de medida de urgência ou a competência seria do juiz de primeiro grau?; e) em que medida a eficácia da decisão provisória nacional se subordina à decisão definitiva do juiz estrangeiro, competente para julgar o processo principal?

Como se vê, são várias as perguntas sem respostas, que representam verdadeiros problemas práticos para o magistrado, que depara com pedido de tutela de urgência decorrente de um processo principal que tramita em outra jurisdição.

3. PROPOSTAS DO CÓDIGO MODELO DE COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL PARA A IBERO-AMÉRICA

Muitas dessas questões foram enfrentadas e solucionadas pelo *Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América*, que ora se analisa.

Na busca pela uniformidade de normas sobre cooperação jurídica internacional, o Instituto Iberoamericano de Direito Processual, após proposta de Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, aprovou o referido Código, idealizando “princípios fundamentais e regras gerais inerentes à jurisdição transnacional, que, com as adaptações necessárias a cada Estado, sejam passíveis de aplicação em todos os sistemas jurídicos que consagrem o Estado de Direito”²².

Importante ressaltar ainda que

o Código Modelo não é uma proposta de tratado internacional a ser ratificado, mas sim uma proposta de normas nacionais a serem incorporadas internamente por países Iberoamericanos, e destinado à cooperação interjurisdicional com qualquer Estado, Iberoamericano ou não.²³

O Código traz dispositivos que fazem frente aos problemas experimentados pelo Brasil em relação à efetivação da tutela de urgência em litígios transnacionais.

De início, sobressai a previsão, no seu art. 10²⁴, do efeito automático da decisão estrangeira, independentemente de reconhecimento judicial prévio no Estado requerido. O juízo de delibação, por sua vez, segundo o art. 11, parágrafo único²⁵, é realizado de forma difusa e de ofício pelo juiz da execução. Assim, as regras tornam prescindível o processo antecedente de homologação de sentença ou de concessão de *exequatur* e afastam a competência concentrada em um único tribunal, impondo maior celeridade à efetivação da tutela transnacional.

Quanto à possibilidade de dissociação entre o processo de conhecimento e o processo cautelar, com o aforamento das medidas de urgência diretamente no

22 SILVA, op. cit. p. 80.

23 Ibidem. p. 82.

24 Art. 10. Efeito automático da decisão estrangeira. Os efeitos da decisão estrangeira são automáticos e independem de reconhecimento judicial prévio.

25 Art. 11. Requisitos para a eficácia da decisão estrangeira. Parágrafo único. A eficácia da decisão estrangeira poderá ser aferida de ofício, pelo juiz, em um processo em curso, observado o contraditório, ou mediante impugnação, nos termos dos artigos 42 a 47.

Estado requerido, o Código Modelo inclui capítulo específico para a medida, esclarecendo sobre seu cabimento e amplitude. Nesse sentido, no art. 16, tendo em vista o princípio do juiz natural, prevê os requisitos para assunção da competência por juiz diferente do processo principal:

Art. 16. Admissibilidade da medida judicial de urgência. Admite-se a medida judicial de urgência nos seguintes casos:

I – ser impossível ou ineficaz o seu aforamento perante tribunal do Estado competente para conhecer a questão de fundo;

II – estar o processo principal, em curso ou futuro, no qual será decidida a questão de fundo, em condições de ensejar uma decisão que tenha eficácia no Estado requerido.

Nota-se que a redação do art. 16, II deixa implícita a necessidade de se realizar juízo de delibação por ocasião da concessão da medida de urgência, uma vez que, de acordo com o art. 11²⁶, a eficácia da decisão judicial estrangeira está condicionada a sua compatibilidade com os princípios fundamentais do Estado requerido, de terem sido respeitadas as garantias do devido processo legal e ter sido prolatada por tribunal competente.

Como, segundo o Código, o juízo de delibação é difuso (art. 11, parágrafo único), nada impede que o pedido de tutela de urgência seja proposto no juízo de primeiro grau competente para decidir a questão de fundo (art. 50²⁷), que decidirá com base no direito material estrangeiro, guiando-se, contudo, pelas suas normas processuais (art. 17²⁸).

26 Art. 11. Requisitos para a eficácia da decisão estrangeira. A eficácia da decisão judicial estrangeira no Estado requerido dependerá da observância dos seguintes requisitos: I – não ser incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido; II – haver sido proferida em processo em que tenham sido observadas as garantias do devido processo legal; III – haver sido proferida por tribunal internacionalmente competente segundo as regras do Estado requerido ou as estabelecidas na Seção IV precedente; IV – não estar pendente de recurso recebido no efeito suspensivo; V – não ser incompatível com outra decisão proferida, no Estado requerido, em ação idêntica ou, em outro Estado, em processo idêntico que reúna as condições para ter eficácia no Estado requerido.

27 Art. 50. Competência para a adoção de uma medida judicial de urgência. A medida judicial de urgência, no interesse de processo em curso ou futuro no Estado requerente, será proposta perante o tribunal que, segundo as normas processuais do Estado requerido, seria competente para decidir a questão de fundo.

28 Art. 17. Aplicação de normas processuais internas do estado requerido. A concessão da medida judicial de urgência no Estado requerido obedecerá aos requisitos previstos em suas normas processuais, podendo ser deferida liminarmente ou após ouvir a parte contrária.

Por fim, registra-se a previsão do art. 18 do Código Modelo, no qual se declara expressamente que “a eficácia da medida judicial de urgência estará condicionada ao advento, em tempo razoável, de decisão final no processo principal”.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, pôde-se observar que o Direito brasileiro incorre em inconsistências e omissões ao tratar das medidas de urgência na cooperação jurídica internacional. Como problemas, apontou-se a inefetividade do procedimento de execução de decisão estrangeira concessiva de medida de urgência, oriunda da exigência de deferimento de *exequatur* por um único tribunal, bem como a ausência de regramento claro sobre o aforamento direito da medida de urgência no Estado requerido.

O *Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América*, editado pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual, concebe regras que corrigem as inconsistências e integram as omissões da nossa legislação. É o que se extrai, de um lado, dos arts. 10 e 11 do Código, que, ao conferirem eficácia automática à decisão alienígena e ao atribuírem competência difusa para o juízo de delibação, abreviam o tempo necessário para a concretização da medida de urgência deferida pelo juiz estrangeiro. De outro lado, destaca-se a previsão de normas que delimitam o cabimento e a amplitude da concessão da medida de urgência diretamente pelo juiz do Estado requerido, oferecendo respostas às várias dúvidas presentes do Direito brasileiro.

Trata-se, portanto, de documento que merece a maior atenção do legislador nacional, sendo certo que, com a incorporação das suas proposições relativas às medidas de urgência, o sistema jurídico do país ganharia em coerência e melhor respeitaria a cláusula da tutela judicial efetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Casa Civil, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

_____. *Decreto Legislativo nº 192, de 1995*. Aprova o texto do Protocolo de Medidas Cautelares, aprovado mediante a Decisão nº 27, de 1994, do Conselho do Mercado Comum (Mercosul), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto, nos dias 16 e 17 de dezembro de 1994. Brasília, DF: Casa Civil, 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1995/decretolegislativo-192-15-dezembro-1995-356284-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 dez. 2020.

_____. *Decreto nº 1.899, de 9 de maio de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, de 30 de janeiro de 1975. Brasília, DF: Casa Civil, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1899.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

_____. Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005. Brasília, DF: STJ, 2005. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>. Acesso em 11 dez. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

_____. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, DF: STJ, 2021. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 11 dez. 2021.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Iberoamérica. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 80-111, 2009.

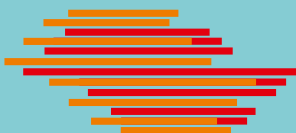
ISSN 2237-4515



9 772237 451008



50



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO