

REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria-Geral
do Estado de São Paulo

Journal of the State of São Paulo Legal Office's School

Volume 14

Jan. / Dez. 2023

ISSN 2966-1897



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TARCÍSIO DE FREITAS
GOVERNADOR DO ESTADO


PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA
Procuradora-Geral do Estado

CINTIA BYCZKOWSKI
Procuradora do Estado
Chefe do Centro de Estudos



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



**REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

*JOURNAL OF THE STATE OF SÃO PAULO
LEGAL OFFICE'S SCHOOL*

v. 14 • janeiro / dezembro 2023

ISSN 2966-1897



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

©2023

A Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem: Revista eletrônica

Editor Científico / Scientific Editor

André Luiz dos Santos Nakamura

Conselho Editorial / Editorial Board

Alvaro Bereijo, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Espanha

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Morais, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Elival da Silva Ramos, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Facury Scaff, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Gustavo Binenbojm, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Pêres, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

Juvêncio Borges da Silva, Associação de Ensino de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, Brasil

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Corpo Editorial / Publishers

Alexandre Coutinho da Silveira, Faculdade FACI, Belém/PA, Brasil

André Luiz dos Santos Nakamura, Universidade Paulista (Unip), São Paulo/SP, Brasil

André Petzhold Dias, Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Boca do Acre/AM, Brasil

Anselmo Prieto Alvarez, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

Carlos Marden Cabral Coutinho, Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza/CE, Brasil

Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fabio André Uema, Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB), São Paulo/SP

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Gomes Favacho, Faculdade FACI, Belém/PA, Brasil

Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, Brasil

José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

José Maurício Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luis Claudio Ferreira Catanhêde, Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luiz Henrique Volpe Camargo, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), Campo Grande/MS, Brasil

Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Marco Antonio dos Santos Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Marcos Antônio Rios da Nóbrega, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife/PE, Brasil

Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Mônica Cristina Queiroz, Centro Universitário Unihorizontes, Belo Horizonte/MG, Brasil

Olavo de Oliveira Neto, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande/MS, Brasil

Onofre Alves Batista Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG, Brasil

Patrícia Ulson Pizarro Werner, Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Roberto Wagner Marquesi, Universidade Estadual de Londrina, Londrina/PR, Brasil

Rodrigo Borges Valadão, Escola Superior de Advocacia Pública do Estado (ESAP- PGE/RJ), Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Welder Queiroz dos Santos, Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Cuiabá/MT, Brasil

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *ad hoc* para análise dos manuscritos.

Colaboradores da Edição 14 - Conselho de Pareceristas *ad hoc*

Andréa Queiroz Fabri – Prof.^a Dr.^a na Universidade de Uberaba – UNIUBE, na Faculdade Atenas – UNIATENAS-Paracatu e na Faculdade de Barretos

Anselmo Prieto Alvarez – Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, na PUCCAMP, Mackenzie-Campinas e Universidade Estadual de Londrina

Wagner Balera – Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Igor Mauler Santiago – Dr. em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Nelson Finotti – Dr. em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Antônio Pereira Gaio Júnior – Prof. Dr. na Universidade Federal do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Paula Gecislany Vieira da Silva Gomes – Prof.^a Dr.^a na Faculdade Paraíso do Ceará

Carlos Eduardo Nascimento – Prof. Dr. na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Mônica Queiroz – Prof.^a Dr.^a em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica PUC-MG.

Onofre Alves Batista Junior – Prof. Dr. na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Alessandra Ferreira de Araujo Ribeiro - Dr.^a em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo – USP

Alexandre Lucas Veltroni - Prof. Dr. no Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP e no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP

José Roberto Fernandes Castilho – Prof. Dr. na Universidade Estadual Paulista – UNESP

Luiz Fernando Roberto – Dr. em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP

Ricardo Pinha Alonso – Prof. Dr. na Universidade de Marília e na Universidade Estadual do Norte do Paraná

Secretaria-executiva

Deise Aparecida Santiago

Eric Rodolfo Gaspar Krauniski (BK)

Fernando Augusto dos Santos

Igor Rodrigues Quadrado

Paulo Severo dos Santos

Rafael de Lima Nobre

Thiago Blumer Marangone

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Serviço de Divulgação

Juliana Aguilera do Nascimento Silva Guedes

Luciene de Cássia de Santana

Maisa Maciel Rodrigues

Revisão de Texto e Editoração

Piero Kanaan | Tikinet

Projeto Gráfico

Tikinet

Diagramação

Jonathan Leandro | Tikinet

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.

Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Normas editoriais disponíveis em:

www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/AcessoHome/estatuto_respge.html

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 – 2º andar

Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil

CEP 01405-100

Tel.: +55 11 3286-7020/7005

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/homeESPGE.aspx

Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo – Journal of the State of São Paulo Legal Office's School / Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. – V. 14, nº1 (2023) – São Paulo : Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2023. Anual.

Textos multilíngues.

Resumos em português e inglês.

ISSN 2966-1897

2010 (V. 1) (1), 2011 (V. 2) (1), 2012 (V. 3) (1), 2013 (V. 4) (1), 2014 (V. 5) (1), 2015 (V. 6) (1), 2016 (V. 7) (1), 2017 (V. 8) (1), 2018 (V.9) (1), 2019 (V.10) (1), 2020 (V.11), 2021 (V.12), 2022 (V.13).

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral. Escola Superior. II. Journal of the State of São Paulo Legal Office's School.

CDD 350
CDU 342.9

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE 2023

Diretoria

Lucas Pessôa Moreira, Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos e Diretor da ESPGE (até 06/06/2023)

Fábio André Uema Oliveira, Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos e Diretor da ESPGE (06/06/2023 a 21/06/2023)

Cintia Byczkowski, Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos e Diretora da ESPGE (a partir de 21/06/2023)

Coordenadoria-Geral da ESPGE

Fábio André Uema Oliveira (até 06/06/2023)

Valter Farid Antonio Junior (a partir de 01/08/2023)

Conselho Curador 2022

Cintia Byczkowski (Presidente - Chefe do Centro de Estudos e Diretora da ESPGE, membro nato); Lucas Pessôa Moreira (Presidente até junho/2023); Fábio André Uema Oliveira (Presidente e Secretário até junho/2023); Valter Farid Antonio Junior (Coordenador-Geral da ESPGE, membro nato); Carlos José Teixeira de Toledo; Carolina Zancaner Zockun; Felipe Gonçalves Fernandes; Francisco Chagas Holanda; Marcus Vinícius Armani Alves; Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira; Wolker Volanin Bicalho; Vera Cristina Caspari Monteiro.

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Direito do Estado

Coordenadores de Direito do Estado

André Luiz dos Santos Nakamura; Christiane Mina Falsarella; Julia Maria Plenamente Silva.

Professores-assistentes

Bruno Betti Costa; Carlos José Teixeira de Toledo; Eduardo Walmsley Soares Carneiro; Fabrício Contato Lopes Resende; Luiz Fernando Roberto; Mateus Camilo Ribeiro da Silveira; Patricia Ulson Pizarro Werner; René Zamlutti Junior; Carlos Eduardo Teixeira Braga.

Advocacia Pública

Coordenadores de Advocacia Pública

Carlos José Teixeira de Toledo; Juliana Campolina Rebelo Horta; Luiz Fernando Roberto.

Professores-assistentes de Advocacia Pública

Christiane Mina Falsarella; Cláudio Henrique Ribeiro Dias; Haroldo Pereira; Heloise Wittmann; Marcela Gonçalves Godói; Mateus Camilo Ribeiro da Silveira; Patricia Ulson Pizarro Werner; Paulo Alves Netto de Araújo; Renata Lane.

Direito Digital

Coordenadores de Direito Digital

Caio Gentil Ribeiro; Diana Loureiro Paiva de Castro; Rafael Carvalho de Fassio.

Professores-Assistentes de Direito Digital

Christiane Mina Falsarella; Cláudia Mara Arantes da Silva; Guilherme Cavalcanti; Iago Oliveira Ferreira; Lucas Soares de Oliveira; Mateus Camilo Ribeiro da Silveira; Patrícia Ulson Pizarro Werner; Pedro Henrique Lacerda Barbosa Ladeia; Rafael Santos de Jesus; Renan Raulino Santiago.

Funcionários da ESPGE

Deise Aparecida Santiago; Eric Rodolfo Gaspar Krauniski (BK); Fernando Augusto dos Santos; Igor Rodrigues Quadrado; Paulo Severo dos Santos; Rafael de Lima Nobre; Thiago Blumer Marangone.

SUMÁRIO

Editorial

Christiane Mina Falsarella

Direito do Estado

Controle interno preventivo na Administração Pública: a criação da Controladoria-Geral do Estado de São Paulo15

Alexandre Guerrero Mendes

Passaporte vacinal: parâmetros ao administrador público para sua adoção35

Bettina Monteiro Buelau Cogo

Possibilidade de onerar o uso de faixas de domínio por prestadores de serviços públicos: enquadramento das empresas estatais69

Fabiana Paulovich de Alencar

A cobrança pelo uso das faixas de domínio de rodovias concedidas em face de prestadoras de outros serviços públicos103

Glenderson Blaser Petarli

Regime de serviços públicos e das atividades privadas regulamentadas: um estudo de caso relativo ao transporte rodoviário intermunicipal no estado de São Paulo137

Francisco Acioli Garcia

A política nacional para prevenção e controle do câncer153

Maria Helena Yamamoto Console

Controle e transparência na gestão de dados pela Administração Pública: um estudo de caso sobre a política pública de atendimento educacional especializado em sala de recursos e alunos em atendimento em classe regida por professor especializado – da Secretaria Estadual de Educação-SP 181

Gilmar de Lima Moreira

Brasil no banco dos réus: o feminicídio na corte IDH e seus impactos a partir da análise do caso Márcia Barbosa de Souza.....203

Priscila Gomes Del Barco

Reparação administrativa de danos no estado de São Paulo229

Paula Regina Roque da Costa

O Supremo Tribunal Federal e a construção da federação: uma análise da jurisprudência recente da corte no controle de constitucionalidade das constituições estaduais.....	267
Rafael Viotti Schlobach	
Regularização Fundiária Rural em Terras Devolutas e as inovações das Leis estaduais nº 14.750/2012 e nº 16.475/2017	289
Thiago Francisco Neves Gobbo	

EDITORIAL

Esta edição da *Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* (RESPGE-SP) compila alguns dos mais destacados artigos redigidos pelos alunos do último curso de especialização em Direito do Estado, que tive a honra de coordenar juntamente com os queridos amigos Julia Maria Plenamente Silva e André Luiz dos Santos Nakamura.

Participar das atividades da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado é sempre uma alegria. Não foi diferente com esse curso, pelo qual tenho um carinho especial, em razão de ter me envolvido tão intensamente nas atividades de coordenação. Por esse motivo, é com imensa satisfação que apresento esta edição da RESPGE-SP, resultado do empenho dos alunos do curso de especialização em Direito do Estado.

Como os leitores terão a oportunidade de verificar, os alunos abordaram temas instigantes, enfrentando com profundidade teórica questões que ostentam inequívoca repercussão prática.

Valendo-se de sua experiência profissional como corregedor, Alexandre Guerrero Mendes abordou o controle interno preventivo na Administração Pública, pela perspectiva da criação da Controladoria-Geral do Estado de São Paulo.

Bettina Monteiro Buelau Cogo, colega atuante no Núcleo de Poder de Polícia, a quem tive o privilégio de orientar no trabalho de conclusão de curso, dedicou-se, com o brilhantismo que demonstrou durante as aulas, ao tema do passaporte vacinal, estabelecendo parâmetros para sua adoção pelo administrador público.

A cobrança pelo uso das faixas de domínio das rodovias foi o objeto do estudo de Fabiana Paulovich de Alencar e de Glenderson Blaser Petarli, respectivamente, advogada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) e colega em exercício na Consultoria Jurídica da Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP). O primeiro artigo, de autoria de Paulovich, tratou da utilização onerosa de faixas de domínio sob administração de empresas estatais; ao passo que o segundo, de autoria de Petarli, deu enfoque à cobrança por concessionárias de rodovias em face de prestadoras de outros serviços públicos.

Francisco Acioli Garcia, também em exercício na Consultoria Jurídica da ARTESP, tratou da distinção entre o regime dos serviços públicos e o das atividades privadas regulamentadas, a partir do exemplo do transporte rodoviário intermunicipal.

Verifica-se que o tema das políticas públicas, cada vez mais importante na atuação da Procuradoria-Geral do Estado e incluído como módulo específico de maneira inovadora nesta edição do curso de especialização em Direito do Estado, também mereceu a atenção dos alunos. Maria Helena Yamamoto Console selecionou assunto relacionado à Secretaria da Saúde, onde exerce suas funções, debruçando-se

sobre a política nacional para a prevenção e controle do câncer. Do mesmo modo, Gilmar de Lima Moreira examinou situação afeta à sua atuação na Secretaria da Educação, escolhendo o tema da gestão de dados pela Administração Pública, abordado pela ótica da política pública de atendimento educacional especializado.

Priscila Gomes Del Barco, ouvidora da Secretaria da Justiça e Cidadania, optou por um tema de direitos humanos, analisando os impactos da decisão da Corte Interamericana no caso Márcia Barbosa de Souza, envolvendo o feminicídio. A atualidade e importância do tema resta patente, haja vista a recente tipificação do feminicídio pelo Congresso Nacional.

Tema de singular importância foi o escolhido por Paula Regina Roque da Costa, que tratou da reparação administrativa de danos no Estado de São Paulo.

Outro tema relevante foi o eleito pelo colega Rafael Viotti Schlobach, que cuidou do Supremo Tribunal Federal e a construção da federação, examinando a jurisprudência da Corte sob a perspectiva do controle de constitucionalidade das constituições estaduais. Federalismo e repartição de competências são assuntos que, de fato, merecem um estudo aprofundado, considerando-se as suas implicações em nossa atuação cotidiana.

Por fim, temos o artigo de Thiago Francisco Neves Gobbo sobre regularização fundiária rural em terras devolutas, tema com o qual lida também na prática, em sua atividade na Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo (Itesp).

Parabéns aos autores dos textos e a todos os alunos do curso – muitos outros artigos poderiam estar aqui, nas páginas limitadas desta revista. É uma turma que deixou saudades.

A dificuldade da distância física, em função do formato on-line imposto pela pandemia de covid-19, converteu-se na oportunidade de desfrutar de aulas ministradas por renomados professores de todo o país e até mesmo de Portugal. Tivemos, inclusive, a participação da Ministra Cármen Lúcia, que nos brindou com uma aula sobre repartição de competências.

Não poderia encerrar esta breve apresentação sem registrar alguns agradecimentos em relação ao curso: aos demais coordenadores, pela parceria com tamanha sintonia; à equipe da ESPGE, sempre tão solícita e competente; à Chefia do Centro de Estudos, pela oportunidade; e aos professores assistentes, em especial aos que me acompanharam nos módulos de Direito Constitucional – foi excelente poder contar com um grupo tão qualificado.

Espero que a leitura dos artigos estimule novas reflexões!

Boa leitura!

Christiane Mina Falsarella

CONTROLE INTERNO PREVENTIVO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A CRIAÇÃO DA CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Preventive internal control in public administration:
the creation of the general comptrollership of the State of São Paulo*

Alexandre Guerrero Mendes¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Conceito de Controle Interno e Externo na Administração Pública; 3. Instituições que exercem o Controle Externo; 3.1. Controle Legislativo; 3.2. Controle Judicial; 4. Instituições que exercem o Controle Interno – Preventivo e Repressivo; 4.1. Criação da Controladoria Geral do Estado de São Paulo; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Os órgãos de controle no âmbito da Administração Pública, em face dos seus próprios atos, deixaram de se ocupar apenas com a fiscalização de conformidade legal, muito se avançou, e passaram a exercer um papel estratégico com uma atuação mais preventiva, visando atender ao bem-estar e aos interesses da coletividade. O controle interno da Administração busca a eficácia, a efetividade e a economicidade dos recursos públicos, além de valorizar os resultados e os benefícios alcançados, atuação inovadora das instituições de controle. No âmbito do Estado de São Paulo, a Controladoria Geral do Estado é o Órgão Central do Sistema de Controle Interno unificado do Poder Executivo, que coordena as atividades da controladoria, da correição, da auditoria e da ouvidoria, denominado de Macrofunções.

Palavras-Chave: Controle interno preventivo na Administração Pública. Controladoria Geral do Estado de São Paulo. Órgão Central do Sistema de Controle Interno unificado. Macrofunções.

ABSTRACT

The control agencies within the scope of Public Administration, in relation to their own actions, have ceased to be solely concerned with legal compliance oversight. Much progress has been made, and they have taken on a strategic role with a more preventive approach, aiming to promote the well-being and interests of the community. The internal control of the Administration seeks the effectiveness, efficiency, and economy of public resources, as well as valuing the achieved results and benefits. This is an innovative performance by the control institutions. In the State of São Paulo, the General Comptroller's Office is the Central Institution of the unified Internal Control System of the Executive Branch, coordinating the activities of comptroller, oversight, auditing, and ombudsman, referred to as Macrofunctions.

Keywords: Preventive Internal Control in Public Administration. Controller General of the State of São Paulo. Central Institution of the Unified Internal Control System. Macrofunctions.

¹ Corregedor da Controladoria-Geral do Estado. Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru - Mantida pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Controle Interno da Probidade Administrativa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialização em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP).

1. INTRODUÇÃO

Os órgãos responsáveis pelo controle da Administração Pública não se ocupam apenas da fiscalização de conformidade legal. Com a eloquência advinda do poder de comunicação e mobilização das redes sociais, a sociedade exige integridade pública e combate à corrupção, reivindicando com uma urgência cada vez mais premente a efetiva entrega de bens e serviços públicos de qualidade.

Pode-se dizer que são as deficiências crônicas da gestão pública em um ecossistema permeado pela corrupção o principal entrave à oferta isonômica e contínua de bens e serviços públicos aos mais de 215 milhões de brasileiros.

Em tal cenário, os órgãos de controle passaram a exercer um papel estratégico com uma atuação mais preventiva, de modo que não podem mais prescindir da utilização das ferramentas oriundas da Tecnologia da Informação (TI), especialmente aquelas voltadas à extração e ao tratamento analítico de metadados.

Acresça-se a isso que a metodologia de trabalho também precisa ser ressignificada, já que o enfrentamento pragmático da corrupção exige a formação de equipes multidisciplinares e de redes permanentes de colaboração, bem como de um alinhamento constante às melhores práticas internacionais, a exemplo das iniciativas levadas à cabo pelo *Comete of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO) e pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

Em linhas gerais, o controle visa à proteção dos interesses da coletividade, garantindo o respeito aos direitos subjetivos dos usuários, bem como as disposições da Constituição Federal, e pode se dar por via política e administrativa.

O controle político ocorre entre os Poderes da federação, por meio de normas constitucionais que permitem supervisão e interferência limitada entre os Poderes. Por sua vez, o controle administrativo recai na própria conduta administrativa.

A Administração Pública, no exercício de suas funções, realiza controle sobre os próprios atos, além de estar sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, em função da Teoria da Separação dos Poderes (clássica divisão de Poderes de Montesquieu), que tem como objetivo a contenção do poder, além de colaboração e controle recíproco para evitar distorções e desmandos.

O controle da administração pode ser classificado, quanto ao órgão que exerce, em judicial, legislativo e administrativo; quanto à titularidade, em externo ou interno; quanto ao momento, prévio, concomitante ou posterior; e quanto à atividade, pode ser de legalidade ou de mérito.

O controle interno da Administração deve ser feito de forma estratégica e preventiva, levando-se em consideração a eficácia, a efetividade e a economicidade no uso dos recursos públicos, valorizando os resultados e os benefícios alcançados, inovando efetivamente a forma de atuação das instituições de controle.

O controle interno é coordenado pelas atividades da controladoria, da correição, da auditoria e da ouvidoria, denominado de Macrofunções do Sistema de Controle Interno, sendo a Controladoria o órgão máximo desse Sistema.

No Estado de São Paulo, a Controladoria Geral do Estado (CGE) foi criada pela Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, organizada pelo Decreto nº 66.850, de 15 de junho de 2022, e busca abranger a eficácia administrativa, além de aferir os resultados das ações do governo, a sua qualidade, eficiência e efetividade.

2. CONCEITO DE CONTROLE INTERNO E EXTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para Odete Medauar, controle da Administração Pública “é a verificação de conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”².

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, controle da Administração Pública é a “fiscalização e correção que sobre a Administração Pública exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”³.

No escólio do Professor Hely Lopes Meirelles, controle administrativo:

[...] é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito. Sob ambos esses aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo sua finalidade plena, que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados⁴.

O controle interno, complementa o Tribunal de Contas:

[...] é o conjunto de atividades, planos, rotinas, métodos e procedimentos interligados, estabelecidos com vistas a assegurar que os objetivos das unidades e entidades da administração pública sejam alcançados de forma confiável e concreta, evidenciando eventuais desvios ao longo da gestão, até a consecução dos objetivos fixados pelo Poder Público (Secretaria Federal de Controle Interno)⁵.

² MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Forense, 2021, p. 896.

⁴ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 644-645.

⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA. **Controles na Administração Pública**. Aula 4: Controle Interno. Brasília, DF: TCU, 2014, p. 11.

Segundo o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO), o controle interno assegura o atingimento dos objetivos, de maneira correta e tempestiva, com a mínima utilização de recursos⁶.

O controle interno é aquele decorrente de órgão integrante da própria estrutura em que se insere o órgão controlado. É todo controle exercido por órgão da própria Administração, por meio de instrumento de planejamento que estabelece as diretrizes, os objetivos e as metas a serem cumpridas.

É um sistema a ser mantido de forma integrado por cada Poder, interpretação nos moldes dos artigos 70 e 74 da Constituição Federal (normas gerais de direito financeiro), dispositivos que buscam traçar as finalidades desse controle.

A respeito, o artigo 70, *caput*, da Constituição da República, prescreve:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Por sua vez, o artigo 74, *caput*, dispõe:

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Nas palavras de Óthon Castreghini Piccini, a expressão “de forma integrada” do *caput* do artigo 74:

[...] se refere ao modo pelo qual cada poder deverá estruturar o seu respectivo sistema de controle interno – harmônico, ordenado, integrado a fiscalização interna das unidades de sua organização administrativa -, e não que Executivo, Legislativo e Judiciário deveriam submeter-se a um único sistema de controle comum, de caráter geral ou conjunto⁷.

⁶ COSO – COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. **Internal Control**. Integrated Framework. [s. l.], 2013.

⁷ PICCINI, Óthon Castreghini. **Controle da Administração Pública no Brasil**. São Paulo: Blucher, 2022, p. 114.

Para José Mauricio Conti e André Castro Carvalho, a expressão “sistema”, do mesmo artigo, “pressupõe-se que controle interno seja descentralizado, coordenado por um órgão central permanente e munido de independência funcional”⁸.

Assim, nos termos da Constituição Federal, deve existir um sistema de controle interno próprio de cada Poder, o controlador e o controlado devem estar em um mesmo ambiente administrativo de um mesmo Poder. É aquele exercido por servidores da própria entidade auditada, devendo essa atuação ocorrer de forma independente dentro do órgão.

Ademais, para Óthon Castrequini Piccini, quanto ao controle interno da Administração Pública, a Constituição Federal:

[...] expõem-se finalidades gerais, seu exercício é atribuído a um aparato abstrato e materialmente indefinido (‘sistema de controle interno de cada Poder’) e não há definição a respeito de seus elementos mínimos, composição ou padrões, salvo o dever de ‘mantê-lo de forma integrada’, nada esclarecido sobre como isso será feito”. Ainda, que a Constituição da República ‘se resume a prever objetivos amplos e não proporciona definições específicas, competências ou poderes sancionatórios concretos, nem mesmo uma moldura básica de estruturação do controle interno’⁹.

Desse modo, para o controle interno, a Constituição Federal não prevê definições, competências e sanções, há uma lacuna no ordenamento jurídico quanto ao aspecto formal e estrutural do sistema na Administração Pública, diferente da previsão do controle externo, a qual é disciplinada, há delineamento acerca das competências, prerrogativas e atribuições (artigos 70, 71, 72, 73 e 75), exercido pelo Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, no qual exerce o controle preventivo de forma a orientar didaticamente os gestores públicos, bem como sua responsabilidade, no caso de descumprimento.

Por sua vez, o parágrafo primeiro, do artigo 74, da Constituição Brasileira, dispõe acerca do controle interno decorrente do poder da autotutela da administração, que se constitui no poder de rever os seus próprios atos: “Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”¹⁰.

A implementação de sistemas de controle interno na Administração Pública, orientado pelos princípios fundamentais, colabora para a tomada de decisão do

⁸ CONTI, José Mauricio; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. VIII, n. 37, p. 201-220, 2011, p. 206.

⁹ PICCINI, Óthon Castrequini. *Ibid.*, p. 115.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

gestor, garantindo que os objetivos sejam alcançados, gerando assim um controle efetivo a um custo razoável, além de estimular a governança, fortalecer e moralizar os órgãos públicos.

Para ser eficaz o controle é necessário uma norma jurídica com adoção de técnicas acerca do exercício do mandamento constitucional e da legislação financeira, além de mecanismos de controle de recursos administrativos, de autocontrole, de controle de gestão, de inspeção, de auditoria, de correição e de ouvidoria.

O controle interno está previsto em diversos dispositivos e, como tal, função de relevante importância. A Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) estabelece que a fiscalização do cumprimento dos seus dispositivos será exercida pelo Poder Legislativo, Tribunal de Contas, Ministério Público e Sistema de Controle Interno de cada Poder. Por sua vez, a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a sua aplicação é função precípua do controle interno da Administração Pública.

Por sua vez, o controle externo é aquele exercido pelo Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, órgão colegiado responsável pelo controle das contas públicas, dotado de autonomia constitucional, independência funcional e com poderes amplos de fiscalização e controle.

3. INSTITUIÇÕES QUE EXERCEM O CONTROLE EXTERNO

3.1 Controle Legislativo

As atividades do controle externo são aquelas exercidas pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, constituindo um verdadeiro pilar de uma boa administração no processo da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

O controle exercido pelo Poder Legislativo sobre as atividades da Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições do outro Poder, sob pena de violação da Tripartição de Poderes.

A Constituição Federal prevê dois tipos de controle: o político e o financeiro. O primeiro refere-se ao controle sobre o próprio exercício da função administrativa, que abrange aspectos de legalidade e de mérito, apreciando as decisões administrativas, inclusive sob o aspecto da discricionariedade, oportunidade e conveniência, diante do interesse público.

Por sua vez, o controle financeiro é aquele realizado sobre a gestão dos gastos públicos, está disciplinado nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal.

A fiscalização financeira e orçamentária cabe ao Poder Legislativo, conforme previsão no artigo 70 da Lei Maior:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto

à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Além do mais, no parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal, o controle abrange: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”¹¹.

Ainda, esta fiscalização, que compreende o sistema de controle externo, é realizada com o auxílio do Tribunal de Contas, conforme previsão no artigo 71 da Constituição Federal: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]”¹².

Por sua vez, os incisos do referido artigo compreendem as seguintes funções: fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

O controle externo dos demais entes federados, conforme nosso sistema federativo, será exercido pelo respectivo Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, nos termos da legislação específica.

O controle financeiro realizado possui aspectos de controle de legalidade dos atos, de legitimidade, de economicidade, de fidelidade funcional e, por fim, de resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas.

O Tribunal de Contas controla a regularidade das contas, com funções predominantemente contábeis. Com o Estado de Direito, passou a controlar também as contas dos administradores, a legalidade dos dispêndios e, no Estado Democrático de Direito, a controlar a legitimidade e a economicidade da gestão financeira, o que incluiu a aplicação das subvenções e a renúncia de receitas.

Desse modo, o Tribunal de Contas deixou de ser órgão do Estado para ser também órgão da sociedade no Estado. Atua indiretamente no exercício de suas funções auxiliando os entes e os órgãos formadores do aparelho do Estado, e diretamente à sociedade, por sua acrescida e nobre função de canal do controle social.

Além do mais, esse controle financeiro e orçamentário traz avanços na fiscalização da legitimidade, economicidade e eficiência, preocupando-se com o melhor uso do dinheiro público e com a qualidade do gasto público, bem como no aumento da transparência e do controle social da Administração Pública.

Ademais, o Tribunal de Contas vem avançando na atuação preventiva, deixando de atuar apenas na fiscalização *a posteriori*, quando o dinheiro já foi gasto

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹² *Ibid.*

e só resta a punição dos responsáveis, quando houver mau uso. Trata-se de melhor forma de evitar a má gestão das contas públicas.

3.2 Controle Judicial

O controle exercido pelo Poder Judiciário é aquele dotado de garantias de imparcialidade que permitem apreciar e invalidar os atos ilícitos praticados pela Administração Pública.

Este controle é promovido por meio de ações constitucionais, podendo ser exercido antes ou depois, dependendo do momento do ato praticado, necessitando de provocação da parte interessada.

Tal fato ocorre tendo em vista o Poder Judiciário possuir o monopólio da função jurisdicional, através do sistema da jurisdição una, de poder apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a saber: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por esta razão, todas as causas são decididas pelo Poder Judiciário, mesmo aquelas que envolvam interesse da Administração.

Neste controle o Poder Judiciário examina os atos praticados pela Administração Pública sob o aspecto da legalidade. Pode, também, sob o aspecto da moralidade, conforme disposto no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição, em que:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência¹³.

Também, sob o aspecto da moralidade, o artigo 37 da Constituição Federal assim o descreve: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”¹⁴.

Por sua vez, quanto aos atos discricionários, o judiciário aprecia desde que não invada o mérito administrativo, ou seja, a oportunidade e conveniência, atividades reservadas ao poder que exerce a função administrativa.

Com base no já mencionado artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, são previstas ações específicas de controle da Administração Pública, possuindo

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹⁴ *Ibid.*

dominação de remédios constitucionais, que têm natureza de garantias dos direitos fundamentais, cujo objetivo é provocar o judiciário, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais ou coletivos.

As ações judiciais, como meio de provocar o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, podem ser utilizadas tanto em caso de lesão efetiva quanto na hipótese de ameaça a direito ou interesse particular. As mais importantes são: mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, mandado de injunção, *habeas data*, ação civil pública e ação de improbidade; estas duas últimas embora não previstas no artigo 5º da Constituição Federal, servem à mesma finalidade.

4. INSTITUIÇÕES QUE EXERCEM O CONTROLE INTERNO – PREVENTIVO E REPRESSIVO

O controle administrativo é aquele que a Administração Pública exerce sobre sua própria atuação, é o controle interno na qual a Administração fiscaliza e corrige seus próprios atos, sob os aspectos da legalidade e mérito, por iniciativa própria ou quando provocada pela parte interessada. Este controle é realizado pelas Macrofunções do Sistema de Controle Interno, atividades de controladoria, de correição, de auditoria e de ouvidoria.

O controle da legalidade ocorre quando há a necessidade de analisar a compatibilidade da atuação administrativa com o ordenamento jurídico, podendo ser exercido pela própria administração ou pelo Poder Judiciário. Por sua vez, o controle de mérito refere-se aos juízos de conveniência e de oportunidade dos atos administrativos, exercidos somente pela própria Administração.

A Administração, quando controla os seus próprios atos, atua com fundamento no poder de autotutela, tendo como objetivos a confirmação, a correção ou alteração de seus atos.

Esse poder de autotutela é reconhecido pelo Poder Judiciário, sobre a qual foram formuladas as Súmulas 346 e 473, pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a primeira que “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; por sua vez, a segunda que:

[...] a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial¹⁵.

Assim, a Administração Pública, por estar sujeita à observância da lei e à consecução do interesse público, deve exercer o controle sobre os próprios atos para

¹⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 346**. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Brasília, DF: STF, 1964.

assegurar os princípios impostos pelo ordenamento jurídico, pois, não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes.

Outrossim, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem funções típicas, voltadas ao atingimento das finalidades específicas, mas também as funções atípicas, essenciais para o seu funcionamento, porém, sempre submetidos ao princípio da legalidade, bem como o da eficiência. Isto porque a Administração deve atuar conforme a lei, buscando a forma mais eficiente de cumpri-la, atingindo a satisfação do interesse público.

Desse modo, todos os Poderes exercem atividades administrativas, portanto, cada um deles deverá controlar suas ações administrativas.

O controle interno preventivo vem sendo implementado pela Administração Pública através de mecanismos de gestão de riscos, atividade realizada pela auditoria, contribuindo para a melhoria dos sistemas de controle interno.

A gestão de riscos “consiste na adoção de medidas que diminuam a possibilidade de determinada área da Administração Pública ficar refém de agentes internos ou externos que cometem fraudes”¹⁶.

O controle preventivo é aquele exercido antes de ser praticado o ato administrativo, previne a prática de ato ilegal ou inconveniente, cria procedimentos que evitam possíveis falhas e vícios, forma eficiente de controle.

Com a atuação preventiva a Administração Pública deixa de se ocupar apenas com a fiscalização de conformidade, sob o aspecto da legalidade, concentrando-se nas formalidades da despesa pública; passa-se a fiscalizar a qualidade do gasto público, levando-se em consideração a eficácia, efetividade, eficiência e economicidade no uso dos recursos públicos, preocupando-se com os resultados e benefícios alcançados.

Agir de forma preventiva é identificar as falhas e propor soluções e aperfeiçoamentos, evitando assim gastos desnecessários e eventual responsabilização quando identificado o mau uso do dinheiro público.

A respeito, a Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará (CGE) apontam que:

[...] o Controle Interno Preventivo consiste numa metodologia de controle baseada no gerenciamento dos riscos identificados em atividades e processos, com vistas à eficiência e regularidade da gestão, proporcionando maior segurança administrativa na tomada de decisão pelos gestores estaduais, na medida em que se propõe a reduzir ocorrência de desvios que venham a comprometer a eficiência no uso de recursos, a eficácia na disponibilização de bens e serviços e a conformidade legal dos atos administrativos¹⁷.

¹⁶ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA. **Controles na Administração Pública**. Aula 4. Controle Interno. Brasília, DF: TCU, 2014, p. 10.

¹⁷ CEARÁ. **Controle Interno Preventivo**. Fortaleza: Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará, [20--?].

Nesse contexto a *accountability*, termo em inglês, que não tem tradução perfeita em português, mas entendido como responsabilização, que por meio do controle interno, na visão democrática, que ganhou importância com a Constituição Federal de 1988, possibilitou o fortalecimento do aparelho de controle e da transparência no âmbito da Administração Pública, na qual os órgãos de fiscalização passaram a ter maior autonomia na sua atuação preventiva.

Por outro lado, o controle repressivo é aquele exercido após a realização do ato administrativo, e não se presta somente a corrigir, também tem como objetivo de reverter, extinguir ou confirmar o ato.

Ademais, sua atuação incide, quando necessário, sobre a responsabilização do agente público ou do particular que tenha causado dano ao patrimônio público.

O controle interno, preventivo e repressivo, é coordenado pelas atividades da controladoria, da correição, da auditoria e da ouvidoria, denominado de Macrofunções do Sistema de Controle Interno, sendo a Controladoria o órgão máximo deste Sistema.

A Controladoria, unidade encarregada das funções da atividade do Sistema de Controle Interno, deve pautar-se em boas práticas de gestão capazes de prevenir riscos e corrigir desvios, visando atender o interesse público e proteger o patrimônio público.

A Controladoria apoia e auxilia o gestor no exercício das suas funções governamentais a alcançar seus objetivos por meio de gerenciamento de riscos, garantindo a execução das operações com segurança razoável, além de observar a legalidade dos atos e sua economicidade.

A Controladoria Geral da União (CGU), órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, foi instituída pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, além de outras atividades, possui também as funções de prevenção e combate à corrupção e de aperfeiçoamento da transparência da Administração Federal.

No Estado de São Paulo, a Controladoria Geral do Estado (CGE), criada pela Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, organizada pelo Decreto nº 66.850, de 15 de junho de 2022, tem por finalidade a adoção de providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria, à promoção da ética no serviço público, ao incremento da transparência e ao fortalecimento das medidas voltadas à promoção da integridade da gestão no âmbito da Administração Pública direta e indireta (artigo 2º e seus incisos).

O controle interno estadual busca abranger a eficácia administrativa (parágrafo único do artigo 2º), além de aferir os resultados das ações do governo, a sua qualidade, eficiência e efetividade.

4.1. Criação da Controladoria Geral do Estado de São Paulo

Antes da criação do Sistema de Controle Interno no Estado de São Paulo, que juntou as Macrofunções, atividades de controladoria, de correição, de auditoria e de

ouvidoria, existia a Corregedoria Geral da Administração (CGA), regulamentada pelo Decreto nº 57.500, de 08 de novembro de 2011, e que possuía somente a Macrofunção correcional.

A criação da Controladoria foi em razão das cobranças do Tribunal de Contas do Estado (TCE), iniciada no ano de 2015, Relatório de Fiscalização de Natureza Operacional sobre o Sistema Estadual de Controladoria (TCA nº 17.941/026/2015 – TC nº 3554/026/2015), que concluiu que a estrutura organizacional e vinculação hierárquica dos órgãos de controle interno (CGA e DCA) eram inadequadas, assunto retomado no ano de 2019, Relatório de Fiscalização das Contas Anuais do Governo do Estado (TC-2347.989-19), que apontou a sua inestimável relevância para o aprofundamento da transparência e aperfeiçoamento da gestão pública, suma importância para o Sistema de Controle Interno.

Fundamentou o TCE que a Administração Estadual possuía dois órgãos incumbidos do exercício do controle interno que atuavam em áreas comuns, a Corregedoria Geral da Administração (CGA) (Secretaria de Governo) e o Departamento de Controle e Avaliação (DCA) (Secretaria da Fazenda e Planejamento), e que essa situação favorecia a sobreposição das ações de controle, comprometendo a eficiência e o alcance do sistema.

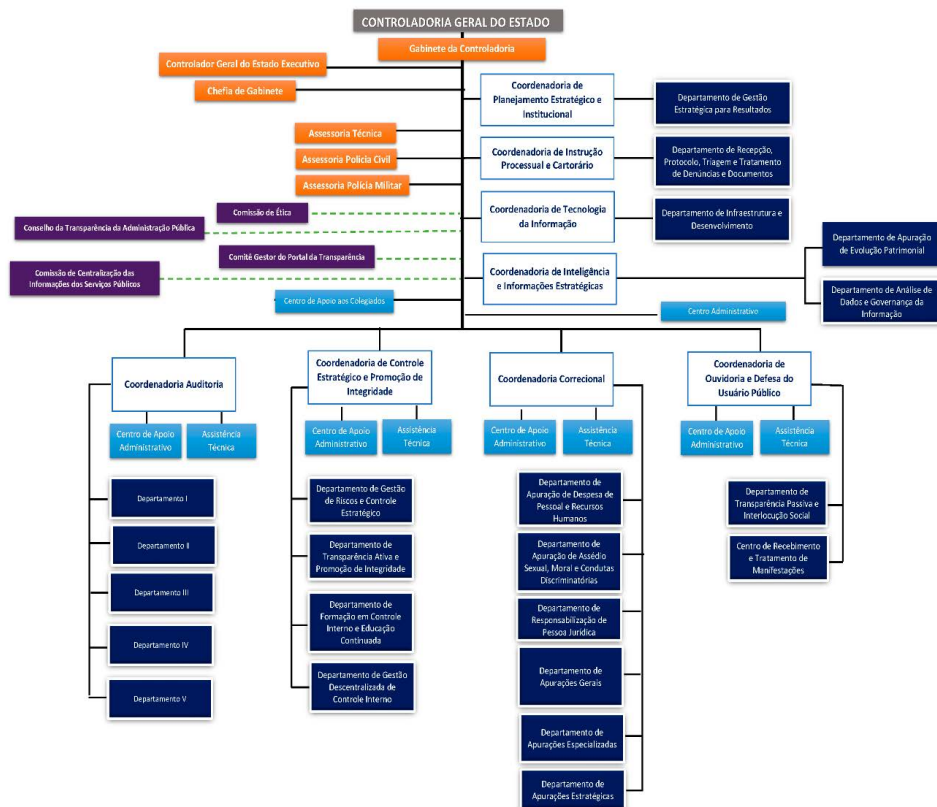
Além do mais, quanto à vinculação organizacional, o TCE apontou que a CGA e o DCA não respondiam diretamente ao Chefe do Poder Executivo estadual, como recomendado no Manual de Controle Interno editado pela própria Corte de Contas, e com isso estariam subordinados à agenda e às finalidades próprias dos órgãos de cúpula a quais se vinculavam, afetando assim a autonomia e a independência de suas atuações.

A Controladoria Geral do Estado (CGE), criada pela Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, e organizada pelo Decreto nº 66.850, de 15 de junho de 2022, é o Órgão Central do Sistema de Controle Interno unificado do Poder Executivo Estadual, vinculado diretamente ao Governador do Estado.

As atribuições institucionais da CGE estão previstas nos artigos 14 a 17 da referida Lei Complementar e detalhadas no citado Decreto, com a seguinte estrutura organizacional:

Figura 1.

Quadro explicativo sobre a Controladoria Geral do Estado de São Paulo



Fonte: elaborado pelo autor.

Em busca ao pleno atendimento das recomendações do Tribunal de Contas do Estado, quanto ao Sistema de Controle Interno, as Coordenadorias que integram a estrutura da Controladoria Geral do Estado possuem plano de ação específico.

A *Coordenadoria de Inteligência e Informações Estratégicas* (CIIE) tem suas atribuições previstas no artigo 18, do Decreto nº 66.850/2022, além do que está consignado na Resolução CGE-5, de 21 de julho de 2022. A atividade de Inteligência através da análise de dados e informações produz o conhecimento preditivo, com o objetivo de prevenir atos ilícitos nos órgãos e entidades do Estado de São Paulo, e destaca-se: coordenar, desenvolver e executar, atividades que exijam ações integradas de inteligência e estratégia, inclusive por meio de operações e investigações especiais; proceder ao levantamento e à análise de informações; planejar e realizar ações de enfrentamento às irregularidades administrativas; desenvolver pesquisas e

investigações táticas e operacionais; gerar informações estratégicas; e realizar atividades de mineração e cruzamento de dados de informações estratégicas.

A *Coordenadoria de Instrução Processual e Cartorária* (CIPC) tem suas atribuições previstas no artigo 19, do Decreto nº 66.850/2022, além disso coube à Resolução CGE nº 4, de 21 de julho de 2022, dispor sobre as diretrizes e atividades a ela regulamentadas, destaca-se: receber, registrar, analisar, classificar, autuar, protocolar e expedir documentos e processos; receber as denúncias; instaurar expedientes e processos; manter controle e localização de papéis, documentos e processos em andamento e finalizados; manter controle estatístico das recomendações formuladas; realizar atendimento ao público; e exercer as competências atribuídas aos Serviços de Informações ao Cidadão (SIC).

A *Coordenadoria de Planejamento Estratégico e Institucional* (CPEI) tem suas atribuições previstas no artigo 20, do Decreto nº 66.850/2022, e regulamentadas pela Resolução CGE-8, de 22 de julho de 2022, destaca-se: identificar as necessidades de informações gerenciais junto às demais Coordenadorias e solicitar as providências à área de desenvolvimento de sistemas de informação; desenvolver análises e elaborar diagnósticos nas informações recebidas e processadas a fim de produzir e disponibilizar informações estratégicas para subsidiar programas, projetos e ações governamentais; avaliar o cumprimento das metas estabelecidas no Plano Plurianual (PPA) e na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); analisar e validar o planejamento; fixar metas, indicadores e avaliação de resultados em todas as áreas de atuação; promover a integração de todas as áreas a fim de fortalecer o controle interno; coordenar a elaboração da proposta de programas do PPA da CGE; e reunir e integrar dados, informações e estatísticas decorrentes das atividades desenvolvidas.

A *Coordenadoria de Tecnologia da Informação* (CTI) tem suas atribuições previstas no artigo 21, do Decreto nº 66.850/2022, cabe a ela disseminar e incentivar o uso de soluções de tecnologia da informação adotadas pela CGE e zelar pela prestação de orientação ao usuário interno, além de pesquisar inovações tecnológicas a fim de implantar soluções de tecnologia da informação que possam otimizar as atividades realizadas pela Controladoria.

A *Coordenadoria de Auditoria* (CA) tem suas atribuições previstas no artigo 24, do Decreto nº 66.850/2022, destaca-se: planejar, coordenar, supervisionar e exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos órgãos e entidades, zelando pela observância aos princípios constitucionais e legais.

A *Coordenadoria de Controle Estratégico e Promoção de Integridade* (CCEPI) tem suas atribuições previstas no artigo 25, do Decreto nº 66.850/2022, destaca-se: relacionar as novas áreas de atuação do Governo do Estado de São Paulo, visando à estruturação de mecanismos e procedimentos voltados à prevenção de irregularidades administrativas e dos desvios de conduta funcionais, por meio da promoção e desenvolvimento de uma cultura de integridade.

A *Coordenadoria Correccional* (CCOR) tem suas atribuições previstas no artigo 26, do Decreto nº 66.850/2022, destaca-se: apurar a conduta funcional de agentes públicos, propondo sua responsabilização, quando for o caso; realizar trabalhos de correição no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta; apurar denúncias de irregularidades praticadas no âmbito da Administração Pública direta e indireta, comunicadas pelos meios disponíveis, adotando as medidas correccionais necessárias; desenvolver atividades preventivas de inspeção e de correição visando a promover o fortalecimento da cultura de integridade e “compliance”, e combater irregularidades administrativas ou práticas lesivas ao patrimônio público; e conduzir processos administrativos de responsabilização de que trata a Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Administração Pública direta e indireta.

A *Coordenadoria de Ouvidoria e Defesa do Usuário do Serviço Público* (CODUSP) tem suas atribuições previstas no artigo 27, do Decreto nº 66.850/2022, destaca-se: promover a proteção e defesa do usuário do serviço público do Estado de São Paulo; fomentar a transparência pública; orientar e acompanhar as Ouvidorias dos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta; coordenar a Rede Paulista de Ouvidorias; sistematizar e processar as informações recebidas das Ouvidorias dos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, com vistas à produção de elementos voltados a subsidiar o desenvolvimento das atividades da Controladoria, bem como das decisões governamentais; deliberar sobre os recursos relativos à negativa de acesso à informação; orientar e monitorar o processo de classificação de sigilo das informações; presidir a Comissão de Centralização das Informações dos Serviços Públicos do Estado de São Paulo; receber denúncias, analisá-las e encaminhar à área competente para a adoção das medidas cabíveis.

5. CONCLUSÃO

A Administração Pública tem como finalidade atender ao bem-estar e aos interesses da coletividade, fazendo com que o controle seja necessário, em busca da eficiência da gestão e da governança pública.

No exercício de suas funções, a Administração Pública além de realizar controle sobre os próprios atos, controle interno, está sujeita ao controle pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, mecanismo mais adequado para aferição das condutas administrativas.

O controle pela Administração constitui um poder dever, que abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais, inconvenientes ou inoportunos.

O controle interno realizado assegura a Administração Pública atingir os objetivos de maneira concreta, tempestiva, correta e confiável.

Já se foi o tempo em que o controle se preocupava somente com a fiscalização de conformidade legal, muito se avançou, o que importa são os resultados e benefícios alcançados.

A sociedade ao mesmo tempo em que exige integridade pública e combate a corrupção, reivindica instituições funcionais, com entrega de bens e serviços públicos com rapidez e qualidade.

Como forma inovadora, o controle interno deve ser feito de forma preventiva, levando-se em consideração, a eficácia, a efetividade e a economicidade no uso dos recursos públicos, valorizando os resultados e os benefícios alcançados, em contraponto à valorização apenas do princípio da legalidade. Muitas vezes, a adaptação de um regramento interno preparado para o contexto de outras épocas passadas, pode privilegiar a eficiência, princípio que precisa e deve ser valorizado no serviço público, princípio este de maior visibilidade entre os mais interessados, os que pagam seus tributos, ou seja, a população do Estado.

No âmbito do Estado de São Paulo a Controladoria Geral do Estado (CGE) é o Órgão Central do Sistema de Controle Interno unificado do Poder Executivo Estadual, vinculado diretamente ao Governador do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 3 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2 ago. 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-publicacaooriginal-140647-pl.html>. Acesso em: 3 out. 2024.

BRASIL. **Lei 10.683, de 28 de maio de 2003**. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 29 maio 2003. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10683-28-maio-2003-496772-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 3 out. 2024.

BRASIL. **Portal da Transparência do Governo Federal**. Brasília, DF: [20--?]. Disponível em: www.portaltransparencia.gov.br/controlesocial. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 346**. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Brasília, DF: STF, 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula346/false>. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, DF: STF, 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA. **Controles na Administração Pública**. Aula 4. Controle Interno. Brasília, DF: TCU, 2014.

CAPOBIANCO, Juan Marcello. **Composição e Atribuições do Tribunal de Contas no Brasil**. Material da 3ª aula da Disciplina “Controle da Administração Pública”. Aula ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Administrativo – Universidade Anhanguera. [S. l.]: Anhanguera, s.d.

CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. VIII, n. 37, p. 201-220, 2011.

COSO – COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. **Internal Control**. Integrated Framework. [s. l.], 2013. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Committee_of_Sponsoring_Organizations_of_the_Treadway_Commission. Acesso em: 4 out. 2024.

CEARÁ. **Controle Interno Preventivo**. Fortaleza: Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará, [20--?]. Disponível em: <https://www.cge.ce.gov.br/control-interno-preventivo/#:~:text=O%20Controle%20Interno%20Preventivo%20consiste,em%20que%20se%20prop%C3%B5e%20a>. Acesso em: 4 out. 2024.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle Compartilhado da Administração da Justiça. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da Função Jurisdicional pelos Tribunais de Contas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 20, 2009-2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Controle da Administração**. Material da 1ª aula da Disciplina “Controle da Administração Pública”. Aula ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Administrativo – Universidade Anhanguera. [S. l.]: Anhanguera, s.d.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 4, 2005-2006.

NÓBREGA, Marcos. O controle do Gasto Público pelos Tribunais de Contas e o Princípio da Legalidade: Uma Visão Crítica. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 23, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

PICCINI, Óthon Castreghini. **Controle da Administração Pública no Brasil**. São Paulo. Blucher, 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021**. Institui Bonificação por Resultados - BR, no âmbito da administração direta e autarquias, cria a Controladoria Geral do Estado, dispõe sobre a Assistência Técnica em Ações Judiciais, altera as Leis nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, e nº 500, de 13 de novembro de 1974, as Leis Complementares nº 180, de 12 de maio de 1978, nº 367, de 14 de dezembro de 1984, nº 432, de 18 de dezembro de 1985, nº 907, de 21 de dezembro de 2001, nº 1.034, de 4 de janeiro de 2008, nº 1.059, de 18 de setembro de 2008, nº 1.079, de 17 de dezembro de 2008, nº 1.080, de 17 de dezembro de 2008, nº 1.093, de 16 de julho de 2009, nº 1.104, de 17 de março de 2010, nº 1.122, de 30 de junho de 2010, nº 1.144, de 11 de julho de 2011, nº 1.157, de 2 de dezembro de 2011, nº 1.164, de 4 de janeiro de 2012, nº 1.195, de 17 de janeiro de 2013, nº 1.245, de 27 de junho de 2014, nº 1.317, de 21 de março de 2018, e nº 1.354, de 6 de março de 2020, revoga a Lei nº 1.721, de 7 de julho de 1978, as Leis Complementares nº 1.078, de 17 de dezembro de 2008, nº 1.086, de 18 de fevereiro de 2009, e nº 1.121, de 30 de junho de 2010, e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2021/lei.complementar-1361-21.10.2021.html>. Acesso em: 3 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 66.850, de 15 de junho de 2022**. Organiza a Controladoria Geral do Estado, criada pela Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2022a. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2022/decreto-66850-15.06.2022.html>. Acesso em: 3 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Controladoria Geral do Estado. **Resolução CGE-4, de 21 de julho de 2022**. Dispõe sobre as diretrizes e atividades da Coordenadoria de Instrução Processual e Cartorária da Controladoria Geral do Estado de São Paulo. Diário Oficial do Estado de São Paulo: seção I, São Paulo, SP, p. 5, 22 jul. 2022b. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2022%2fexecutivo+secao+i%2fjulho%2f22%2fpag_0005_2ce08bc8263d41a2af32dadd3e329591.pdf&pagina=5&data=22/07/2022&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100005. Acesso em: 4 out. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Controladoria Geral do Estado. **Resolução CGE-5, de 21 de julho de 2022**. Dispõe sobre as diretrizes e atividades da Coordenadoria de Inteligência e Informações Estratégicas do Gabinete da Controladoria Geral do Estado de São Paulo. Diário Oficial do Estado de São Paulo: seção I, São Paulo, SP, p. 5, 22 jul. 2022c. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2022%2fexecutivo+secao+i%2fjulho%2f22%2fpag_0005_2ce08bc8263d41a2af32dadd3e329591.pdf&pagina=5&data=22/07/2022&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100005. Acesso em: 4 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Controladoria Geral do Estado. **Resolução CGE-8, de 22 de julho de 2022**. Dispõe sobre as diretrizes e atividades da Coordenadoria de Planejamento Estratégico e Institucional, da Controladoria Geral do Estado de São Paulo. Diário Oficial do Estado de São Paulo: seção I, São Paulo, SP, p. 3-4, 23 jul. 2022d. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2022%2fexecutivo+secao+i%2fjulho%2f23%2fpag_0003_304cfa77727ff4dc6e60b3dfae78818.pdf&pagina=3&data=23/07/2022&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100003. Acesso em: 4 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Relatório de Fiscalização de Natureza Operacional sobre o Sistema Estadual de Controladoria, TCA nº 17.941/026/2015 – TC nº 3554/026/2015**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/portal/sistema_estadual_de_controladoria.pdf. Acesso em: 3 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Relatório de Fiscalização das Contas Anuais do Governo do Estado - TC-2347.989-19**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/contas-anuais>. Acesso em: 3 out. 2024.

PASSAPORTE VACINAL: PARÂMETROS AO ADMINISTRADOR PÚBLICO PARA SUA ADOÇÃO

Vaccination passport: adoption parameters for public entity administrators

Bettina Monteiro Buelau Cogo¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 1.1 A pandemia de covid-19 e o papel dos Estados Nacionais; 1.2 Competências dos entes federados em matéria de vigilância epidemiológica. ADI 6341; 2. Passaporte vacinal: conceituação e categorização jurídica; 2.1 Passaporte vacinal não é: vacinação forçada; 2.2 Figura correlacionada: Vacinação compulsória; 2.3 Passaporte vacinal. Conceito; 2.4 Passaporte vacinal. Categorização jurídica: uma ferramenta do Poder de Polícia; 3. Critérios para instituição de um passaporte vacinal constitucional; 3.1 O Estado ponderador; 3.2 Parâmetros ao administrador público para a adoção do passaporte vacinal; 3.2.1 Base em evidências científicas; 3.2.2 Ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes; 3.2.3 Distribuição universal e gratuita das vacinas; 3.2.4 Respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais das pessoas; 3.2.5 Atendimento à regra da proporcionalidade; 3.2.5.1 Adequação; 3.2.5.2 Necessidade; 3.2.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho busca apresentar um modelo de processo decisório a ser seguido pelo administrador público que pretenda utilizar o passaporte vacinal como medida de enfrentamento à pandemia, de modo que o resultado seja a acomodação, da melhor maneira possível, do direito à saúde coletiva e demais direitos fundamentais. No ensejo, apresentará a divisão das competências entre os entes federados em matéria de vigilância sanitária, e buscará um conceito e categorização jurídicos para o passaporte vacinal. Na sequência, com base na lei de enfrentamento à pandemia de covid-19 (Lei nº 13.979/2020) e na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 6586, explorará e aprofundará os parâmetros que deverão ser observados pelo administrador no processo decisório de instituição do passaporte vacinal.

Palavras-Chave: Passaporte vacinal. Pandemia de covid-19. Vigilância epidemiológica. Competências dos entes federados. Vacinação compulsória.

ABSTRACT

This paper aims to present a model for the decision-making process to be followed by public administration entities intending to utilize vaccination passports as a tool to deal with the pandemic, accommodating, as best as possible, the right to collective health and other fundamental rights. Along the way, the paper will outline the division of authority for health surveillance among the various federative entities and will seek to establish the legal concept and categorization for vaccination passports. Next, based on the legislation passed to combat the covid-19 pandemic (Act no. 13.979/20), as well as on the Supreme Court ruling in Constitutional Challenge (ADI) no. 6586, it will explore and deepen the parameters that the public administration must follow in the decision-making process to adopt vaccination passports.

Keywords: Vaccination Passports. Covid-19 pandemic. Epidemiological surveillance. Federative entities authority. Compulsory vaccination.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria- Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

1.1 A pandemia de covid-19 e o papel dos Estados Nacionais

Durante a pandemia de covid-19, os administradores públicos se viram obrigados a lidar com uma situação completamente nova. O vírus do sars-cov-2 se mostrou altamente transmissível, demandando de parte das autoridades públicas a rápida tomada de decisões. Agir era imperativo, mas muitas vezes, medidas precisavam ser tomadas sem que se tivesse à disposição informações categóricas oferecidas pela ciência e pela medicina acerca da gravidade da doença, das formas pelas quais o vírus era capaz de infectar, do tipo de medida que seria eficaz à prevenção da transmissão, de quais tratamentos poderiam ser efetivos, entre tantos outros questionamentos que deixaram todos atônitos e perplexos.

Na fase mais aguda da pandemia, as primeiras medidas tomadas visavam restringir a circulação de pessoas, inclusive com imposição de *lockdown*. Com o avanço da vacinação e a evolução da curva de aprendizado sobre os mecanismos de ação do vírus, sobre as formas de prevenção da contaminação e sobre tratamentos da infecção, observou-se a busca por medidas menos gravosas do que a imposição do fechamento de estabelecimentos e restrição de circulação de pessoas.

Nesse contexto, verificou-se no mundo todo a proliferação de políticas de imposição de restrições, por parte do poder público, ao exercício de atividades e de acesso a locais às pessoas que não estivessem vacinadas, que ficaram popularmente conhecidas como *passaporte vacinal* ou *passaporte sanitário*. Neste trabalho, usaremos a denominação *passaporte vacinal*.

A imposição de restrições a não vacinados gerou conflito e polarização em discussões sempre permeadas de forte carga ideológica. Embora se saiba ser impossível eliminar por completo a incidência de valores que apontam para determinadas concepções sobre justiça, espectro político e pilares morais, espera-se com este trabalho contribuir para retirar algumas das camadas ideológicas da discussão, buscando-se um olhar mais técnico sobre o assunto. Neste trabalho, serão analisados apenas os condicionamentos feitos pela Administração Pública aos administrados².

² Estão excluídas da análise, portanto, as medidas de condicionamento feitas por particulares a outros particulares, por empregadores a empregados, pela Administração Pública a seus servidores, por exemplo. Existe uma razão para este recorte metodológico. Como se verá mais adiante, situamos o passaporte vacinal no campo da *administração ordenadora*, noção que se propõe para substituir a ideia de *poder de polícia*, considerada ultrapassada para o modelo de Estado de Direito Social. Os caracteres fundamentais da administração ordenadora são: (a) trata-se de exercício de função administrativa; (b) voltada à organização da vida privada; c) *dentro de relação genérica*; d) com a utilização de poder de autoridade. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 20. A inclusão da característica “c” no conceito de administração ordenadora – *dentro de relação genérica* – não é meramente cosmética. Quando o particular se relaciona com a Administração por meio de vínculo específico – como quando se integra a seu aparelho burocrático, recebe delegação estatal, contrata com a Administração, utiliza serviço público ou é beneficiado pelo direito ao uso especial de bem público – há consequências relativamente ao regime jurídico incidente. A principal diferença

A questão sensível por trás do instituto do passaporte vacinal é a dúvida sobre como acomodar da melhor maneira possível a liberdade do indivíduo de não se vacinar, por quaisquer motivos que sejam (de saúde, ideológicos ou religiosos), com a proteção da saúde da coletividade, de modo que a sua imposição por parte da Administração Pública seja proporcional ao objetivo pretendido de proteger a saúde da coletividade.

Embora a pandemia já esteja em retração - o que poderia gerar o entendimento de que o estudo do tema nesse momento esteja ultrapassado - acredita-se que o fato de já termos agora alguma distância do seu momento mais crítico nos permite uma reflexão menos afobada. As lições aprendidas durante esse período também autorizam um olhar retrospectivo mais ponderado, para que se avalie de forma mais serena as medidas tomadas.

Ademais, a utilidade do estudo, infelizmente, promete persistir. Pesquisadores da área científica indicam que a degradação ambiental causada pelo modo de consumo atual tende a fazer com que as pandemias sejam cada vez mais frequentes³. Isso certamente manterá essas duas ordens de ideias – liberdade individual x saúde coletiva – em conflito.

1.2 Competências dos entes federados em matéria de vigilância epidemiológica. ADI 6341

A emergência da pandemia de covid-19 tornou clara a importância do papel dos Estados Nacionais para a sua superação, devido à necessidade por ações coordenadas e articuladas no combate ao vírus.

A partir de agora, veremos qual é o papel de cada um dos níveis da federação, dentro do **contexto brasileiro** de divisão de competências, nas ações de combate ao covid-19.

Na batalha contra o coronavírus, o pacto federativo e a divisão de competências a ele inerente foram desde o início alçados ao centro dos debates.

Isso não é de se espantar. Em um sistema de *federalismo cooperativo* como o delineado pela Constituição Federal de 1988, no qual se buscou a cooperação entre os integrantes da federação por meio da previsão de diversas competências compartilhadas, é natural que conflitos se façam mais presentes do que seriam caso as competências fossem distribuídas de forma estanque, como ocorre no *federalismo dual* puro.

entre o regime jurídico aplicável nas relações genéricas, em oposição às relações especiais do particular com a Administração, é a intensidade com que incide o princípio da legalidade. Nas relações genéricas, o princípio da legalidade incide com força, nas relações especiais, por haver um vínculo prévio, este princípio pode incidir de forma mais branda, admitindo-se poderes de mando implícitos. *Ibid.*, p. 25.

³ “Países megadiversos como o Brasil, com altos graus de vulnerabilidade social e degradação ambiental, possuem grande probabilidade de que novos patógenos que vivem em espécies silvestres pulem para os hospedeiros humanos” JOLY, Carlos A.; QUEIROZ, Helder Lima de. Pandemia, Biodiversidade, Mudanças Globais E Bem-estar Humano. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 34, n. 100, p. 67-82, 2020.

No dizer de Virgílio Afonso da Silva, em comentário sobre os artigos 23 e 24 da CF:

À primeira vista, não é tarefa difícil compreender toda a sistemática de repartição de competências no federalismo brasileiro. Uma leitura rápida dos artigos mencionados acima parece revelar um cenário no qual é possível saber com alto grau de certeza qual ente pode fazer o que em qual área. Mas essa primeira impressão é enganosa. **A interpretação do sistema de repartição de competências, especialmente as legislativas, é uma das mais difíceis tarefas do direito constitucional brasileiro**⁴.

As tensões acerca da divisão de competências dos entes federados no combate ao covid-19 se manifestaram em diversas ações no Supremo Tribunal Federal, entre as quais a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, movida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT)⁵.

A ADI 6341 foi ajuizada em face de medida provisória que alterou dispositivos da Lei nº 13.979/2020, a chamada *lei de enfrentamento à pandemia*. A lei foi promulgada em 6 de fevereiro de 2020, no intuito de dar parâmetros de coordenação das ações de combate ao covid-19 em nível nacional.

Com o aumento do número de casos, em 20 de março de 2020 o então Presidente da República Jair Bolsonaro editou a Medida Provisória 926, que, ao lado de regras facilitadoras de contratação de insumos necessários no combate à pandemia, incluiu na Lei nº 13.979/2020 a necessidade de autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para restringir a locomoção interestadual e intermunicipal (art. 3º, VI, b), e, ainda, conferia ao Presidente da República a prerrogativa de dispor, mediante decreto, sobre serviços essenciais (art. 3º, § 8º).

O Partido Democrático Trabalhista (PDT), autor da ADI 6341, entendeu que as inovações, além de conterem vício formal, por disporem sobre regras para cooperação dos entes federativos - matéria reservada à lei complementar pelo art. 23, parágrafo único da CF -, teriam usurpado a competência administrativa e legislativa dos Estados e Municípios para proteger a saúde pública e gerir o Sistema Único de Saúde.

O relator, Min. Marco Aurélio Mello, deferiu em parte a liminar apenas para tornar explícito que as normas que conferiam atribuições a autoridades federais *não afastavam* atos a serem praticados por Estados, Distrito Federal e Municípios, considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, II da Constituição. A decisão monocrática foi referendada pelo pleno, que apenas acrescentou interpretação conforme o § 9º do art. 3º, no sentido de que a autorização dada ao presidente para determinar via decreto as atividades essenciais, não exclui a atribuição de cada esfera de governo, na sua área de atuação, de fazer o mesmo.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021, p. 363, grifo nosso.

⁵ Além da ADI 6341, também versaram sobre o tema da distribuição de competências no contexto da pandemia a ADI 6343, ADI 6362, ADPF 672, entre outras.

Sentindo-se validados pela decisão liminar, governadores e prefeitos que avaliavam a conduta do Governo Federal como omissa e insuficiente por defender um modelo de isolamento vertical onde apenas os grupos de risco deveriam ser preservados, passaram a implementar medidas de isolamento, quarentena, fechamento do comércio, barreiras sanitárias.

Isso provocou a escalada da tensão nas relações entre Governo Federal e entes subnacionais.

A decisão também incrementou o desconforto entre Poder Executivo Federal e Supremo Tribunal Federal (STF). A partir da decisão do STF, o então presidente Jair Bolsonaro encampou narrativa no sentido de que teria sido proibido de agir no combate à pandemia pelo Supremo Tribunal Federal, como se observa de trecho de entrevista sua concedida ao programa Brasil Urgente em 15 de janeiro de 2015. Ao falar sobre a crise abastecimento de oxigênio na cidade de Manaus, assim disse: “Olha só, em abril do ano passado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Presidente Jair Bolsonaro não poderia interferir em Estados e Municípios sobre ações da covid. Ponto-final!”⁶.

A decisão do STF que referendou a medida cautelar na ADI 6341, no entanto, não proibiu a atuação da União. A decisão apenas reafirmou a jurisprudência no sentido de que, em matéria de saúde, a Constituição de 1988 delegou competências materiais comuns e legislativas concorrentes aos entes da federação⁷.

Nesse sentido, realçou a Suprema Corte que no exercício da competência administrativa comum do art. 23 deve prevalecer o critério da *predominância do interesse*, e no exercício da competência legislativa concorrente do art. 24, a União deverá editar as normas gerais sobre o tema, que serão suplementadas pelas normas estaduais e municipais, no que for de interesse desses entes subnacionais, sendo que, no caso de omissão, os entes subnacionais exercem a competência plena, de forma a não deixar direitos fundamentais desprotegidos (cf. art. 24, §§ 1º, 2º e 3º c/c art. 30, II CF)⁸.

⁶ BRASIL URGENTE. Programa veiculado pelo Canal Brasil Urgente. **Brasil Urgente**, São Paulo, 15 jan. 2021. A partir do minuto 5. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=K3_yDX__O4s.

⁷ Em inúmeros outros precedentes o STF já afirmou o caráter cooperativo da divisão das competências em matéria de saúde, sejam elas em matéria administrativa (comum) ou legislativa (concorrente). Veja-se, por exemplo, o Tema de Repercussão Geral 793, fixado em 16/03/2015: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”. Outros exemplos: STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. julgado em 17/03/2010. DJe-076. Publicado em 30/04/2010; ADI 2875, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. julgado em 04/06/2008, DJe-112. Publicado em 20/06/2008; ADI 1278, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. julgado em 16/05/2007, DJe-028. Publicado em 01/06/2007.

⁸ Em seu voto na ADI 6341, o Min. Fachin classificou a omissão como “o pior erro na formulação de políticas públicas”, e disse ser “grave do ponto de vista constitucional, quer sob o manto de competência

Em seu voto, o Min. Edson Fachin esclareceu como se dá a divisão de competências em matéria de vigilância sanitária, e afirmou que as normas da Lei nº 13.979/2020 devem ser lidas como uma decorrência dessas competências⁹.

Nesse sentido, é o seguinte o desenho traçado pela Constituição Federal (arts. 23, II, 24, XII e 198) e pela Lei nº 8.080/1990 em matéria de vigilância sanitária: a União **define e coordena** os sistemas de vigilância epidemiológica podendo executar ações de vigilância epidemiológica em circunstâncias especiais (art. 16, III, c). Os estados **coordenam e executam**, em caráter complementar, ações e serviços de vigilância epidemiológica. A **competência para executá-la** também foi atribuída aos municípios (art. 17, IVa e 18 IV, a).

A bem da verdade, por mais importante que seja a decisão na ADI 6341 para reafirmar o funcionamento da distribuição de competências em matéria de saúde no federalismo cooperativo brasileiro, ela não joga uma pá de cal nos conflitos sobre as atribuições de cada ente federado no combate à pandemia de covid-19. Não se trata de crítica à decisão do STF, que deu resposta adequada à questão que lhe foi posta. É que, dizer que no tema de saúde, as competências são comuns e concorrentes, e que a divisão de tarefas dentro dessas competências compartilhadas se dá por meio de normas gerais e por critério de predominância de interesse não é suficiente para resolver dúvidas concretas.

O percuciente constitucionalista Virgílio Afonso da Silva, ao falar sobre a atribuição da União de editar normas gerais anotou que, afora os extremos da generalidade e especificidade absolutos, tudo o que existe no meio pode ser geral ou específico, dependendo do parâmetro de comparação. Em outras palavras, a relação entre generalidade e especificidade é sempre variável e comparativa. Algo pode ser geral em relação a um parâmetro, e ao mesmo tempo específico em relação a outro¹⁰.

O critério da *predominância do interesse* também não permite cravar, nos casos concretos, qual parcela da competência político-administrativa comum do art. 23 da CF cabe à qual ente. É demasiado vago dizer que a União cuida do interesse nacional, Estados do interesse regional, e Municípios do interesse local.

De modo que, quando se lida com conceitos assim genéricos como “norma geral” e “predominância de interesse”, ao invés de se lançar em debates teóricos

exclusiva ou privativa, que sejam premiadas as inações do Governo Federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados-membros e os Municípios”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6341. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin. J. 15/04/20. DJE 13/11/2020. Brasília, DF, STF, 2020b. p. 34.

⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020^a.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021, p. 369.

tentando decifrar, em abstrato, o significado de cada uma dessas expressões, a melhor solução parece ser fazer o caminho inverso: partir da análise dos casos concretos, para ir densificando o conteúdo dessas expressões, dando-lhes conteúdo, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, fica clara a importância do papel da jurisprudência em matéria de vigilância epidemiológica, em cujo contexto se insere o objeto do nosso estudo, o passaporte vacinal.

2. PASSAPORTE VACINAL: CONCEITUAÇÃO E CATEGORIZAÇÃO JURÍDICA

Nossa tarefa a partir de agora é encontrar um conceito para *passaporte vacinal*, e compreender se ele pode ser enquadrado dentro de alguma categoria jurídica já existente ou se é figura jurídica nova.

Comecemos delimitando o que o passaporte vacinal **não é**: vacinação forçada. Na sequência apresentaremos uma figura diretamente **correlacionada** com a ideia de passaporte vacinal: vacinação compulsória. Traremos na sequência um conceito de passaporte vacinal. Por fim, responderemos à indagação sobre ser o passaporte figura jurídica nova ou pertencente a alguma categoria jurídica já existente.

2.1 Passaporte vacinal não é: vacinação forçada

De início, é preciso destacar que **vacinação forçada não é** uma figura admitida no ordenamento jurídico brasileiro. Consistiria na autorização legal para que agente público pudesse aplicar vacina *manu militari* em um indivíduo, mesmo diante de sua recusa.

Isso seria um atentado inimaginável à integridade física, uma violência atroz, incompatível com a proteção conferida aos direitos individuais protegidos pela Constituição Federal de 1988, e que foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 6586, em cuja ementa constou expressamente que “a obrigatoriedade da vacina não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano”¹¹.

¹¹ Não foi na pandemia de covid-19 que se inauguraram as discussões sobre tema da vacinação forçada, que são bem mais antigas. Durante o governo Rodrigues Alves, Oswaldo Cruz, que fora nomeado Diretor-Geral de Saúde Pública, assumiu o desafio de erradicar a varíola. Assim, em 1904, Oswaldo Cruz incentivou o governo do Rio de Janeiro a enviar ao Congresso um projeto de lei que fizesse cumprir a obrigatoriedade da vacina contra a varíola, que já existia há mais de 50 anos, mas nunca fora colocada em prática, mesmo porque não havia ainda no Brasil a produção de vacinas em escala industrial. O plano para colocar a ideia em prática foi regulamentado de forma tão rigorosa, que lhe rendeu o apelido de “código de torturas”. A agressividade do poder público, cujos agentes sanitários adentravam com violência em residências e estabelecimentos, desencadeou o episódio que ficou conhecido como a Revolta da Vacina. Mais de 1000 foram presos, 30 pessoas morreram, uma centena ficou ferida, e 500 foram deportados. Rodrigues Alves teve que desistir da campanha de vacinação. Conta-se, porém, que pouco depois, em 1908, quando a cidade do Rio de Janeiro foi atingida pela mais violenta epidemia de

2.2 Figura correlacionada: Vacinação compulsória

Coisa diversa da vacinação **forçada** é a vacinação **compulsória**, esta sim figura de longa data presente no ordenamento jurídico brasileiro¹².

A vacinação compulsória ou obrigatória se diferencia da vacinação forçada por **admitir a recusa do administrado** em recebê-la. A recusa, no entanto, implicará a submissão do recusante a sanções indiretas, tais como a proibição de frequentar determinados lugares e de exercer atividades, sempre com expressa previsão legal e objetivando o pleno atendimento ao interesse da coletividade¹³.

A lei de enfrentamento ao covid-19 (Lei nº 13.979/2020) previu a vacinação compulsória como medida para enfrentamento da emergência de saúde pública em seu art. 3º, II, d¹⁴.

Na ADI 6586 o STF foi chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade desse artigo, a qual foi julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo impugnado. No que importa para o momento, releva dizer que a vacinação obrigatória foi considerada constitucional, desde que atendidos alguns critérios. Voltaremos à decisão proferida nessa ADI mais adiante.

Podemos definir a vacinação compulsória como *condicionamento administrativo*, do tipo *encargo*, veiculado por *lei*, que impõe *obrigação de fazer* consistente na imunização como condição para o exercício de um direito individual¹⁵.

variola da história, o povo correu para ser vacinado. Esse fato revela que o grande problema nunca fora a obrigatoriedade da vacina, que já existia há décadas, mas sim o modo violento como essa obrigatoriedade foi posta em prática. MORAES, Maria Celina Bodin de; MOSTARDEIRO, Paulo. Vacinação Obrigatória: um imperativo de solidariedade social. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Direito e Vacinação**. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 402-404.

¹² Há registros de normas impondo a vacinação obrigatória no Brasil desde o século XIX. Há diversos diplomas legais brasileiros vigentes que trazem a previsão da obrigatoriedade da vacinação, com por exemplo: art. 5º da Lei nº 6.259/1975 (“O cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado através de Atestado de Vacinação”); art. 29 do Decreto 78.231/76 (“É dever de todo cidadão submeter-se e os menores dos quais tenha a guarda ou responsabilidade, à vacinação obrigatória”); art. 14, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (“É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias”).

¹³ LIMA, Guilherme Corona Rodrigues; SANTANA, Fabio Paulo Reis de. A questão da vacinação obrigatória: uma análise à luz do direito administrativo brasileiro. **Brazilian Journal Of Development**, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 5030-5042, 2021, p. 12.

¹⁴ “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: [...] III - determinação de realização compulsória de: [...] d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou”. BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a.

¹⁵ Dizer que a vacinação compulsória é *condicionamento administrativo* implica dizer que é um modo pelo qual a Administração intervém na vida privada. Discorrendo sobre as técnicas da administração ordenadora, Carlos Ari Sunfeld identifica **quatro modos pelos quais a Administração intervém na vida privada**. O primeiro (a) é pela criação, por ato administrativo, de situação ativa típica da vida privada,

Apesar de não haver identidade conceitual entre vacinação compulsória e passaporte vacinal, ambos são conceitos profundamente imbricados, pois o passaporte vacinal só faz sentido quando da existência de um dever de vacinação¹⁶.

2.3 Passaporte vacinal. Conceito

Passaporte vacinal pode ser definido como o documento, físico ou digital, que atesta que o seu titular cumpriu com as exigências sanitárias que o habilitam a exercer direito cujo exercício foi condicionado à obrigação de se imunizar.

De um lado, a lei instituiu a vacinação obrigatória como medida de enfrentamento contra o covid-19, entendida a vacinação obrigatória como a possibilidade de

de que são exemplos: o direito de realizar atividade em geral proibida (ex.: autorização de porte de arma) ou reservada a um número limitado de exploradores (ex.: exportação de café); a atribuição de um *status jurídico* (ex.: cidadania). A essas figuras dá-se o nome genérico de *constituição de direitos por ato administrativo*. O (b) segundo modo de intervenção da Administração na vida privada é pela via da regulação do *exercício* dos direitos dos particulares, de modo a definir o âmbito do exercício lícito de tais direitos. Sob o enfoque do particular, tal categoria pode ser globalmente denominada de *condicionamentos administrativos de direitos*. A figura correlata sob o enfoque das competências da Administração pode ser denominada de *limitações administrativas*. O passaporte vacinal se situa nesta categoria “b”. O (c) terceiro tipo de técnica de intervenção da administração na vida privada é por meio do *sacrifício de direitos*, que atinge apenas direitos patrimoniais. Por fim, (d) a última técnica se dá por meio da imposição de deveres autônomos aos particulares, que pode ser denominada *prestações dos particulares em favor da Administração* (ex.: serviço militar e eleitoral) SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 26-27. Descendo a um grau ainda mais específico, o passaporte é um condicionamento administrativo do tipo *encargo*, pois gera para aquele que quer exercer um direito (que, no caso, pode ser frequentar algum lugar, participar de algum evento, etc), o dever positivo (de fazer) de se vacinar. Nas palavras de Carlos Ari Sunfeld: “Os encargos administrativos ligados aos direitos subjetivos também são comportamentos cuja adoção não é, em princípio, obrigatória para ninguém, mas surgem como condição da fruição de certa vantagem” *Ibid.*, p. 60.

¹⁶ Alguns exemplos de situações em que se condicionou o exercício de direitos à comprovação de vacinação contra o covid-19 no Brasil: (i) **Portaria Interministerial 663 de 20/12/2021**, que condicionou a entrada no País, por via aérea, do viajante de procedência internacional, brasileiro ou estrangeiro, à apresentação à companhia aérea responsável pelo voo, antes do embarque, de comprovante de vacinação, impresso ou em meio eletrônico, com imunizantes aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou pela Organização Mundial da Saúde ou pelas autoridades do país em que o viajante foi imunizado, cuja aplicação da última dose ou dose única tenha ocorrido, no mínimo, quatorze dias antes da data do embarque (já revogada); (ii) **Portaria 9.998/2021 do TJSP**, que condicionou o ingresso nos prédios do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo à exibição de comprovante de vacinação contra o covid-19; (iii) **Resolução GR-046/2022 de 11/11/2022 da UNICAMP**, que determinou a todos os alunos e servidores da Universidade que pertencem ao grupo elegível para imunização contra o covid-19, segundo o programa de imunização do Estado de São Paulo e o calendário da Prefeitura Municipal de domicílio do servidor, a obrigação de comprovação da imunização perante a Universidade, sob pena de aplicação de medidas disciplinares, inclusive a não efetivação da matrícula para o primeiro semestre de 2023, (iv) **Resolução do Conselho de Graduação da USP nº 8167, 14/02/2022**, que determinou a apresentação de comprovante de vacinação contra covid-19 aos aprovados no Vestibular para 2022, bem como, declarou ser obrigatória a comprovação de vacinação contra o covid-19 para participação de todas as atividades desenvolvidas nos *campi* da Universidade; (v) **Decreto Estadual de SP nº 66.421 de 03/01/2022**, que determina aos servidores e empregados da Administração Pública estadual, assim como os militares do Estado, a apresentação de cópia do documento comprobatório de vacinação completa contra o covid-19 ou de atestado que evidencie a contraindicação, sob pena de apuração de responsabilidade disciplinar (já revogado).

imposição de condicionamento ao exercício de direitos. De outro lado, deve haver algum modo pela qual se fará a comprovação de que o indivíduo atendeu aos condicionamentos impostos, para que ele se veja liberado para o exercício do direito condicionado. Aí se vê que o passaporte vacinal é uma decorrência lógica da vacinação obrigatória.

2.4 Passaporte vacinal. Categorização jurídica: uma ferramenta do Poder de Polícia

Os conceitos de vacinação obrigatória e passaporte vacinal acima esclarecidos reportam a uma situação em que o exercício de um direito individual sofre um condicionamento pelo poder estatal em prol da realização de um projeto de natureza coletiva.

Essa circunstância – afetação do interesse particular em prol do interesse público – faz saltar aos olhos que estamos diante de **ferramentas do poder de polícia**. Afinal, a submissão de um interesse particular ao interesse público constitui, na concepção clássica de poder de polícia, o próprio fundamento desse instituto.

De fato, o poder de polícia colhe sua origem na máxima da *supremacia do interesse público*. Esta, porém, é uma compreensão de poder de polícia que está em curso de superação.

Poder de polícia, no Estado democrático de direito, requer um fundamento de legitimação bem mais elaborado do que a vetusta – e até certo ponto, autoritária – máxima da *supremacia do interesse público sobre os interesses particulares*¹⁷.

A ideia de que o interesse público deva **sempre** prevalecer sobre o interesse particular não parece ser compatível com a importância conferida pela nossa Constituição aos direitos fundamentais, os quais em muitas ocasiões protegem posições jurídicas **individuais**. Isso se torna especialmente claro frente ao reconhecimento de que, quanto a esta categoria de direitos, existe um conteúdo mínimo irredutível, de modo que a defesa do interesse público não poderia justificar o esvaziamento completo de um direito fundamental pelo poder estatal¹⁸.

¹⁷ Confira-se, representando a visão clássica de poder de polícia, a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, **com fundamento em sua supremacia geral** e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora ora preventiva ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (‘non facere’), a fim de conformar lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 861, grifo nosso.

¹⁸ “[...] chama a atenção que ao longo dos últimos anos, especialmente pela forte conexão com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, o assim chamado direito (humano e fundamental) ao mínimo existencial [...] tem servido de critério material para a solução, na esfera de uma ponderação de direitos e/ou valores, de uma série de demandas judiciais que envolvem a imposição, ao poder público, de prestações na esfera socioambiental ou a proteção de direitos fundamentais contra intervenções restritivas por parte do Estado, [...]” SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013, p. 1.

Autores renomados sugerem inclusive o sepultamento da expressão “poder de polícia”¹⁹, por estar ela associada a uma ideologia superada. Seria expressão vinculada à noção de “Estado de Polícia”, no qual o governante tem poderes absolutos. No Estado de Direito, em que a função administrativa se submete à lei, o uso da expressão seria descabido²⁰.

Ademais, a ideia de poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, voltado sobretudo à imposição de **limites negativos** à liberdade e à propriedade, em cujo contexto fazia sentido definir o poder de polícia como imposição ao particular do dever de abstenção, de *não fazer*.

A superação do liberalismo clássico e, conseqüentemente, desse modelo de Estado mínimo, pelo Estado Social de Direito, que pretende não apenas harmonizar direitos individuais, mas também realizar projetos coletivos²¹, demanda, para além do abandono da expressão “poder de polícia”, a formulação de uma nova sistematização de toda a atividade de regulação administrativa da vida privada²². Para essa nova postura metodológica, Carlos Ari Sundfeld propõe o uso da expressão *administração ordenadora*²³.

Sob essa ótica, adotamos aqui a compreensão de poder de polícia – ou *administração ordenadora*, como prefere Carlos Ari Sundfeld - tão bem descrita por Bin-en-bojm como:

[...] um sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com os objetivos político-jurídicos predeterminados. Em termos mais específicos, a ordenação social e econômica tem por objetivo *conformar* a liberdade e a propriedade por meio de *prescrições* ou *induções* de maneira a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da

¹⁹ No Brasil, essa ideia encontra eco na obra de Carlos Ari Sundfeld, que foi inclusive quem inaugurou no Brasil as discussões sobre essa nova feição do instituto do poder de polícia, mais alinhado com o Estado de Direito. Diz o renomado administrativista: “Parece óbvio que o primeiro passo será enviar para o museu não só a expressão *poder de polícia* como a noção que recobre”, e sugere a substituição da noção de *poder de polícia* pela noção de *administração ordenadora*. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 16-17. Luis Manoel Fonseca Pires também é partidário da ideia de superação da expressão “poder de polícia”. PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 152.

²⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 451.

²¹ e.g., promover o desenvolvimento nacional, proteger o meio ambiente, reduzir as desigualdades, etc.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 13-15.

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 7.

deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição²⁴.

Quando se compreende o poder de polícia sob esse enfoque, percebe-se ser impreciso tratar o direito constitucional como *teoria das liberdades*, e o direito administrativo de polícia como *teoria da limitação*. Afinal, não existem direitos e liberdades individuais ilimitados, pois eles se destruiriam reciprocamente. De modo que, o direito policial corretamente entendido e executado pode ser qualificado como *defesa da liberdade*²⁵. A título de exemplo: quando o Estado exerce sua atividade ordenadora relativamente ao trânsito, atua impondo restrições à liberdade de locomoção individual, o faz para garantir liberdade de ir e vir de todas as pessoas.

O mesmo pode ser dito em relação à vacinação compulsória, pois a escolha de alguém por não se submeter à imunização tem imensa repercussão sobre a esfera de direitos da coletividade. Afinal, a vacinação deve ser entendida como um **pacto coletivo** de erradicação de doenças, pois a imunidade de rebanho só se atinge depois de alcançado determinado percentual de cobertura vacinal. Portanto, quando alguém decide não se vacinar, ela não está decidindo apenas sobre sua vida, mas sobre a de outras pessoas também, pois ao não se vacinar ela estará contribuindo para que o vírus continue circulando.

De todo o exposto neste tópico, claro está que o passaporte vacinal não é uma figura jurídica nova, mas pode ser tranquilamente enquadrada como instrumento do poder de polícia – ou, como preferem alguns, da atividade ordenadora da Administração.

3. CRITÉRIOS PARA INSTITUIÇÃO DE UM PASSAPORTE VACINAL CONSTITUCIONAL

3.1 O Estado ponderador

No tópico anterior vimos que o poder de polícia, entendido em sua feição mais moderna, **descarta** a prevalência *prima facie* do interesse público sobre os interesses particulares. O papel central do sistema de direitos humanos impede que se determine, *a priori*, a supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. Em um Estado democrático de direito, deve-se buscar sempre acomodar, da melhor maneira possível, interesses coletivos e direitos fundamentais, pois o atendimento do interesse público pode se dar **tanto na preservação** de um direito fundamental, **quanto na sua limitação** em prol de algum interesse contraposto da coletividade.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 68-69.

²⁵ VILLAGRA MAFFIODO, 1981 apud BINENBOJM, *Op. cit.*, p. 30.

Considerada essa premissa, para que se alcance o melhor atendimento do interesse público, deverão o legislador e o administrador público proceder a juízos de ponderação dos interesses em jogo, buscando concretizá-los em grau máximo de otimização²⁶.

No Estado democrático de direito a ponderação assume tamanha relevância como princípio formal do direito, que se pode dizer que este é um **Estado de ponderação**²⁷

Ensina Gustavo Binbenbojm que, por vezes, o próprio constituinte já realizou uma *pré-ponderação*²⁸. No entanto, na maioria das vezes, caberá aos legisladores²⁹ e administradores públicos exercer os juízos de ponderação, sob escrutínio do Poder Judiciário³⁰.

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que o legislador da lei de enfrentamento ao covid-19 (Lei nº 13.979/2020) realizou uma *ponderação* quando elegeu a vacinação compulsória como medida de combate à pandemia (art. 3º, III, “d”). Diante de diversos princípios em conflito, concluiu que as restrições a direitos fundamentais decorrentes da adoção da vacinação compulsória são, *em princípio*, legítimas.

Por que apenas “em princípio” a adoção da vacinação compulsória será legítima?

Ora, justamente porque a lei de enfrentamento ao covid-19, ao admitir a vacinação compulsória, não a delineou em todos os seus contornos. O legislador apenas veiculou uma autorização geral e abstrata para que as autoridades, no âmbito de suas competências, adotassem a vacinação compulsória como ferramenta de combate à pandemia, sem identificar precisamente quais atividades estariam condicionadas à imunização.

²⁶ Subjaz a essa afirmação a adoção da *teoria externa* a respeito das restrições aos direitos fundamentais. De acordo com essa teoria, cujo principal defensor é Robert Alexy, primeiro surge os direitos *prima facie*, decorrentes da positivação de princípios (v.g., princípios da liberdade e da propriedade), que, num segundo momento, são restringidos por força da *ponderação* com os demais princípios positivados. Na *teoria interna*, por outro lado, as restrições são consideradas imanentes ao direito, não podendo ser dele dissociadas, pois encontram-se no sistema desde o início. Assim, as normas jurídicas seriam sempre razões absolutas, e não *prima facie*. Por essa razão, ao invés de se usar a expressão *restrições* a um direito – que traduziria a ideia de um refreio que vem de fora, para diminuir algo que nasce ilimitado e que só num segundo momento é contido, para essa teoria melhor seria usar a expressão *limites* ou *fronteiras*. O mais notório defensor dessa teoria é o constitucionalista alemão Peter Häberle. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 458-459. O também jurista alemão Friedrich Müller tem posicionamento semelhante ao de Peter Häberle.

²⁷ “Thomas Wütemberger define: “O Estado moderno é um Estado de Ponderação (*Abwägungsstaat*), seu direito constitucional é impregnado pela ponderação (*Abwägung*), sob a ideia diretiva (*Leitidee*) de uma distribuição otimizadora da Liberdade (*Häiti*), de funções estatais (*staatlichen Funktionen*) ou de alocação otimizador de recursos (*von optimaler Ressourcerallokation*)”. (1999 apud TORRES, 2007, p. 496)

²⁸ É o caso da classificação indicativa de espetáculos públicos e de programas de rádio e televisão (CF, art. 21, XVI), ou do direito a reunir-se “pacificamente, sem armas” (CF, art. 5º, XVI).

²⁹ Para Ricardo Marcondes Martins, “toda norma introduzida no sistema pelo legislador, no exercício da função legislativa, é o resultado de uma ponderação entre os princípios constitucionais incidentes” (2015, p. 461)

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 144-147.

Para a efetiva implementação da vacinação compulsória, a *cadeia de ponderações* deverá prosseguir, com a identificação das atividades (e correlato direito) cujo exercício será condicionado.

O próprio legislador da lei de enfrentamento ao covid-19 já delimitou alguns parâmetros para que as medidas coercitivas indiretas que venham a ser aplicadas em razão da recusa vacinal sejam consideradas legítimas³¹.

Chamado a se manifestar a respeito dessa ponderação do legislador que resultou no art. 3º, III, “d” da Lei 13.979/2020 na ADI 6586³², o Supremo Tribunal Federal reafirmou e esmiuçou os parâmetros já projetados na lei, dando o norte para que a vacinação compulsória seja constitucional. O art. 3º, III, “d” recebeu interpretação conforme, nos seguintes termos:

(A) a vacinação compulsória **não significa vacinação forçada**, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base **evidências científicas** e **análises estratégicas** pertinentes, (ii) venham acompanhadas de **ampla informação** sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a **dignidade humana** e os **direitos fundamentais** das pessoas; (iv) atendam aos critérios de **razoabilidade e proporcionalidade**, e (v) sejam as vacinas **distribuídas universal e gratuitamente**; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência³³.

³¹ Dispõem os parágrafos 1º e 2º da Lei nº 13.979/2020: “§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. § 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo: I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento; II - o direito de receberem tratamento gratuito; III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020”.

³² A ADI 6586 foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista com pedido de que fosse dada interpretação conforme à Constituição a referido artigo, veiculador da autorização para se implementar a vacinação compulsória no contexto da pandemia de covid-19. O PDT justificou o ajuizamento da ação em face da necessidade de que o STF *afirmar expressamente* a competência dos Estados e Municípios para determinar a vacinação compulsória, uma vez que o então Presidente da República, Jair Bolsonaro, vinha afirmando publicamente que a vacina não seria obrigatória no Brasil. Referida ADI foi julgada em conjunto com a ADI 6587, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, que, de maneira oposta, pretendia ver declarada a inconstitucionalidade da previsão de vacinação compulsória instituída pelo mesmo artigo de lei.

³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 6586**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. J. 17/12/20. DJE 07/04/21. Brasília, DF: STF, 2021b. p. 2-3, grifo nosso.

A conclusão que aporta é a de que decisão na ADI 6586 não representa um cheque em branco para uso indiscriminado da vacinação compulsória. O administrador público, quando pretenda se utilizar do passaporte vacinal como medida sanitária em face da pandemia, deverá estar atento aos parâmetros que o conduzirão a uma atuação constitucional nessa tarefa, os quais serão objeto da nossa atenção a partir de agora.

3.2 Parâmetros ao administrador público para a adoção do passaporte vacinal

Nos tópicos subsequentes apresentaremos os critérios que deverão guiar o legislador ou o administrador na decisão de implementar a exigência de passaporte vacinal.

Nosso fio condutor são os parâmetros elencados na própria lei de enfrentamento ao covid-19 e na decisão da ADI 6586, os quais esmiuçaremos, esclarecendo-os e acrescentando outros elementos e considerações para auxiliar o administrador na tarefa de implementar o passaporte vacinal, sem incorrer em inconstitucionalidade.

3.2.1 Base em evidências científicas

Um dos primeiros parâmetros para a tomada de decisão pela imposição da restrição à liberdade individual em face da necessidade de proteção da saúde coletiva, é o parâmetro científico.

O legislador e o administrador precisam, antes de tudo, beber da fonte da ciência, ainda que ela própria trabalhe com verdades provisórias, para começar a perquirir sobre a imposição de limitação à liberdade individual. Este é um imperativo que decorre dos postulados da racionalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade³⁴.

Afinal, se toda restrição a uma liberdade individual deve ser justificada, o conhecimento produzido em conformidade com a metodologia historicamente estabelecida pela comunidade científica parece ser um ponto seguro para o legislador e o administrador público lançarem âncora em busca da justificação da adoção da medida³⁵. De nada adiantaria, por exemplo, impor a necessidade de usar máscaras, se a ciência demonstrasse que elas não possuem eficácia nenhuma para conter a

³⁴ O parâmetro científico poderia, inclusive, ser abordado no tópico que adiante tratará especificamente do critério da proporcionalidade. No entanto, devido à importância da ciência como fator de justificação da imposição condicionamento administrativo, optamos por tratá-lo também em tópico em separado.

³⁵ Neste ponto, um alerta: muito se têm discutido e escrito sobre o *negacionismo científico*, que pode ser definido por Carlos Orsi e Natália Pasternak como “a atitude de negar, para si mesmo e para o mundo, um fato bem estabelecido ou um consenso científico, na ausência de evidências contundentes”. ORSI, Carlos; PASTERNAK, Natália. **Contra a realidade**: a negação da ciência, suas causas e consequências. São Paulo: Papyrus 7 Mares, 2021, p. 5. O grande perigo está no tipo de divulgação que se apresenta como ciência, se traveste de ciência, mas não foi produzido segundo os métodos estabelecidos para a produção de conhecimento científico. O administrador público deve estar treinado e atento para saber reconhecer as fontes confiáveis de produção de conhecimento científico.

transmissão do vírus. De partida, a medida já estaria condenada a ser julgada irrazoável e desproporcional.

A própria Lei de enfrentamento ao covid-19 (nº 13.979/2020) afirmou a importância do critério científico na decisão de imposição das medidas de enfrentamento por ela previstas, ao dispor em seu art. § 1º que:

As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em **evidências científicas** e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública³⁶.

Ao fazer essa importante prescrição, o legislador parece não ter se olvidado de precedente rumoroso que envolveu um medicamento que supostamente ofereceria tratamento ao câncer.

Trata-se da ADI 5501. Os fatos que antecedem o ajuizamento dessa ação reportam a uma pesquisa com a substância *fosfoetanolamina* para fins de tratamento contra o câncer, que vinha sendo conduzida por um professor universitário aposentado em São Carlos, interior paulista. A droga passou a ser distribuída a algumas pessoas da cidade, antes mesmo de finalizados os estudos sobre seus efeitos colaterais em seres humanos. Em 2014, uma portaria do Instituto de Química, onde a pesquisa vinha sendo conduzida, proibiu pesquisadores de distribuir substâncias sem licenças e registro, como era o caso da fosfoetanolamina. Pessoas desesperadas em busca de tratamento começaram a ajuizar ações na tentativa de obter o fornecimento da chamada “pílula do câncer”, e várias decisões determinaram a sua disponibilização por parte da Fazenda Pública Estadual e da USP, até que o órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo cassasse as decisões³⁷.

Premido pela pressão popular, o Congresso editou a Lei nº 13.269/2016, que permitiu a distribuição da “pílula do câncer”, antes mesmo que houvesse a necessária autorização de distribuição por parte do Executivo, que era imposição do art. 12 da Lei 6.360/1976³⁸. A Associação Médica Brasileira ajuizou a ADI 5501 pedindo a declaração de inconstitucionalidade da lei. O STF acabou por declarar a norma inconstitucional. Em seu voto, o relator Min. Marco Aurélio consignou que “a esperança que a sociedade deposita nos medicamentos, sobretudo aqueles destinados ao tratamento de doenças como o câncer, não pode se distanciar da ciência”³⁹.

³⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020^a.

³⁷ VITAL, Danilo. STF declara inconstitucional a lei que autoriza distribuição da “pílula do câncer”. **Conjur**, Brasília, DF, 24 out. 2020.

³⁸ “Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.

³⁹ A título de curiosidade, estudo patrocinado pelo Estado de São Paulo e realizado no Instituto do Câncer, acabou por concluir que o medicamento não funciona no tratamento do câncer. G1 Globo. Médicos

Essa postura de autocontenção do Supremo Tribunal Federal para com os órgãos dotados de expertise e técnica tem sido uma constante. Na mesma linha de entendimento adotada na ADI 5501 acima relatada, em outras situações a Suprema Corte pontuou a importância de deferência para com a ciência^{40,41}.

Conclui-se que o conhecimento científico é aliado de primeira hora, não apenas no combate à pandemia sob o aspecto sanitário, mas como critério de apoio na arquitetura das normas e atos administrativos que regerão o seu combate. Como bem pontuado por Yuval Noah Harari:

Isso porque a melhor defesa que os humanos têm contra os patógenos não é o isolamento, mas a informação. A humanidade tem vencido a guerra contra as epidemias porque na corrida armamentista entre patógenos e médicos, os patógenos dependem de mutações cegas ao passo que os médicos se apoiam na análise científica da informação⁴².

3.2.2 Ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes

O Supremo Tribunal Federal fez constar da ementa da ADI 6586 a necessidade de que a vacinação obrigatória venha acompanhada do atendimento do direito à informação do público-alvo da vacina.

anunciam resultado dos estudos sobre pílula do câncer. **G1 Globo**, Rio de Janeiro, 31 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/03/medicos-anunciam-resultado-dos-estudos-sobre-pilula-do-cancer.html>. Acesso em: 9 fev. 2023.

⁴⁰ E.g.: "(...) o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da "Medicina com base em evidências". Com isso, adotaram-se os "Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas", que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente" (STA n. 175, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJE 30.4.2010). Já no contexto da pandemia de Covid: "o respaldo científico exsurge, nessa toada, como importante parâmetro, a exemplo do protocolo internacional instituído pela Organização Mundial de Saúde ou por outros organismos científicos de grande envergadura técnica" BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 6341**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Relator para o acórdão: Min. Edson Facchin. J. 15/04/20. DJE 13/11/2020. Brasília, DF, STF, 2020, p. 100.

⁴¹ Na comunidade científica, não existe dissenso sério sobre a eficácia das vacinas contra o covid-19. MORAES, Maria Celina Bodin de; MOSTARDEIRO, Paulo. Vacinação Obrigatória: um imperativo de solidariedade social. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Direito e Vacinação**. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 411-412. Haverá ocasiões, entretanto, que a ciência não oferecerá respostas seguras para que o administrador as aproveite na construção da política pública, pois ainda não houve tempo de formular resposta a um questionamento científico. Nestes casos, parece-nos que o administrador terá que trabalhar com as noções do risco envolvido, e juízos de probabilidade. A gravidade da consequência da adoção ou não adoção de uma medida que servirá de norte para decidir se é justificável a imposição de condicionamentos ao exercício de um direito. Trata-se de uma manifestação do princípio da precaução. A probabilidade de o resultado danoso vir a se concretizar também servirá de base neste caso para dimensionar a extensão da limitação ao direito.

⁴² HARARI, Yuval Noah. **Notas Sobre a Pandemia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 7.

O *dever de informar* por parte da Administração tem como correspondente, sob a ótica do administrado, o *consentimento esclarecido*.

O dever imposto à Administração para que informe sobre a eficácia, segurança e contraindicações da vacina se presta exatamente para que o indivíduo, tendo todas as informações necessárias, possa tomar uma decisão consciente sobre se submeter ou não à imunização.

O direito à informação possui íntima relação com um dos valores mais caros ao nosso ordenamento jurídico - a liberdade – pois ele é um pressuposto para o exercício da autonomia individual.

O tema do *consentimento informado* ou *livre consentimento esclarecido* tem ganhado alguma atenção da jurisprudência brasileira, como por exemplo no REsp 1.540.580/DF. O caso trata de uma ação indenizatória ajuizada por um adolescente e seus pais em face de uma clínica médica e do Hospital Sírio Libanês. Os primeiros procuraram a clínica para tentar alguma melhoria no estado de saúde do adolescente, que, cinco anos antes, sofrera acidente automobilístico do qual lhe resultou traumatismo craniano com sequelas. O médico da clínica consultado teria afirmado que, mediante procedimento simples, com anestesia local e duração de duas horas, o paciente poderia obter grande melhora em sua condição. No entanto, no dia da cirurgia foram realizados não *um*, como informado, mas *dois* procedimentos, com uso de anestesia *geral* e não *local*. Após a intervenção, a condição do paciente piorou, sobrevivendo inclusive a dependência do uso de cadeira de rodas.

No julgamento deste precedente, o Superior Tribunal de Justiça, revertendo o que fora decidido nas instâncias inferiores em relação à inexistência de responsabilidade pelo ocorrido, decidiu que os réus não se desincumbiram do dever de informar decorrente dos arts. 31 e 34 do Código de Ética Médica⁴³ e do art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, e que isso seria fonte de responsabilização *per se*. Consignou, ainda, que “a indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente”.

Um alerta: o dever de informar pressupõe a existência de riscos *conhecidos*, tal qual se entendeu ser o caso no precedente acima ilustrado. São riscos que, pelo estado contemporâneo da ciência, já se tenha conhecimento. Não se deve confundir essa situação com a hipótese na qual, **após** a introdução do produto no mercado, venha a se tomar conhecimento de risco antes desconhecido. Essa segunda hipótese trata do tema dos *riscos do desenvolvimento*, que não possui ainda disciplina legal no Brasil para as situações que o envolvem⁴⁴.

⁴³ Res. Do CFM n. 1.931, de 17.09.2009.

⁴⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Questões sobre vacinação e o consentimento esclarecido. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Direito e Vacinação**. Rio de Janeiro: Processo, 2022.

O legislador brasileiro parece ter encampado essa preocupação com danos advindos de *riscos do desenvolvimento* ao promulgar a Lei n. 14.125 de 10 de março de 2021. Referida lei atribuiu ao poder público adquirente e aplicador de vacinas a responsabilidade civil relativa aos eventos adversos pós-vacinação contra Covid⁴⁵.

Importante conhecer o contexto em que essa lei foi editada: em janeiro de 2021, as negociações para compra de vacina entre governo federal e a farmacêutica Pfizer haviam chegado a um impasse. O Governo se negava a fechar negócio, repudiando a cláusula imposta pela farmacêutica que a isentava de responsabilidade pelos efeitos colaterais da vacina. O Congresso agiu para tentar vencer esse óbice, propondo a lei em questão com o objetivo, segundo a justificativa no projeto de lei encaminhado, de “conferir flexibilidade e segurança jurídica para a aquisição dos imunobiológicos necessários para proteger o povo brasileiro”⁴⁶.

Esta lei acabou por ser revogada em 16 de novembro de 2022 pela Lei n° 14.466/2022.

A bem da verdade, com relação à eficácia e segurança das vacinas, o dever de informar significará esclarecer que elas *são* seguras e eficazes, pois caso não fossem seguras nem eficazes de acordo com os *standards* científicos, sequer teriam sido autorizadas⁴⁷. Quanto às contraindicações, deverão ser comunicadas, de forma *adequada, eficiente e veraz* todas as situações *conhecidas* nas quais o benefício da imunização não supera o risco de sua aplicação.

3.2.3 Distribuição universal e gratuita das vacinas

A Lei n° 13.979/2020 determinou⁴⁸, e o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6586, reforçou, que a obrigatoriedade de vacinação somente poderá existir mediante distribuição universal e gratuita das vacinas.

A lei sequer precisaria ter sido explícita quando a este ponto, pois a gratuidade e universalidade da distribuição das vacinas deflui diretamente da Constituição

⁴⁵ “Art. 1º Enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), ficam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.”

⁴⁶ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8928756&xts=1630419453958&cdisposition=inline>. Acesso em 18.02.23.

⁴⁷ Para serem aprovadas, as vacinas devem passar por estudos clínicos em três etapas (I, II e III), que servem justamente para determinar a segurança e a eficácia do uso da vacina em humanos. BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Saiba o que é exigido para a aprovação de vacinas**. Anvisa, Brasília, DF, 2020.

⁴⁸ “Art. 3º, § 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo: [...] II - o direito de receberem tratamento gratuito;”

Federal, pois “a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso **universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 CF).

Se entre os objetivos da República Federativa do Brasil estão os de construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º CF), claro está que não poderia o Estado condicionar o exercício de direitos a uma vacinação à qual somente aqueles que pudessem por ela pagar poderiam se beneficiar.

3.2.4 Respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais das pessoas

É bastante óbvio que a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas devam ser respeitados no estabelecimento do passaporte vacinal. Embora não fosse necessário, o artigo 3º, § 2º, inc. III da lei de enfrentamento ao covid-19 (Lei nº13.979/2020) quis deixar isso claro, estabelecendo que “ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo [...] III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas [...]”.

Isso não implica dizer que *nenhum* direito fundamental poderá sofrer condicionamento quando do estabelecimento do passaporte vacinal. Do contrário, o artigo de lei seria contraditório em si mesmo, pois nos incisos do *caput* autorizou a adoção de medidas que necessariamente causarão, em algum grau, intervenção em direitos e liberdades fundamentais, e no § 2º manifestou a necessidade de respeito a tais direitos e liberdades.

A leitura adequada desse preceito, então, é no sentido de que as restrições que venham a ser impostas pelo exercício do poder de polícia devem respeitar os limites que são impostos pela *eficácia bloqueadora* dos direitos fundamentais.

Binenbojm ensina que há três hipóteses típicas nas quais direitos fundamentais configuram barreiras à ação ordenadora do Estado. São elas: (a) quando a medida de polícia contraria frontal e literalmente o *âmbito de proteção* de um direito fundamental; (b) quando a medida for desproporcional⁴⁹; e (c) quando a medida reduz o direito fundamental a quem de um mínimo que o desfiguraria ou aniquilaria (doutrina alemã do *limite dos limites*)⁵⁰.

⁴⁹ Haverá adiante tópico específico para tratar dessa hipótese.

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 123-128.

3.2.5 Atendimento à regra da proporcionalidade

O critério da proporcionalidade é a grande ferramenta jurídica para identificar se, no caso sob análise, o administrador ultrapassou o campo de apreciação que lhe é conferido, ou se descambou para o arbítrio puro.

Antes de tratar especificamente da regra da proporcionalidade, é preciso esclarecer que, frequentemente, *proporcionalidade* e *razoabilidade* são tratadas como sinônimas e invocadas de forma genérica na solução de conflitos. A jurisprudência brasileira muitas vezes os cita de forma mecânica e sem uso de um raciocínio estruturado na sua aplicação. No entanto, são termos que carregam significados técnico-jurídicos distintos, e se diferenciam quanto à sua origem, estrutura e forma de aplicação⁵¹.

Para os fins do nosso estudo, buscaremos elucidar a importância e forma de aplicação da regra da proporcionalidade na instituição do passaporte vacinal⁵².

O que seria essa regra? Virgílio Afonso da Silva leciona que:

A regra da proporcionalidade é uma **regra de interpretação e aplicação do direito** [...], empregada especialmente nos casos e que um **ato estatal**, destinado a **promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo**, implica a **restrição** de outro ou outros **direitos fundamentais**. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais⁵³.

Ainda de acordo com o ilustre constitucionalista, a regra da proporcionalidade se subdivide em três sub-regras: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

A regra da proporcionalidade, em sua tríplice estrutura, guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles⁵⁴.

Em seu bem-sucedido esforço de tornar compreensível a forma pela qual a regra da proporcionalidade atua, Virgílio Afonso da Silva começa esclarecendo a *relação de subsidiariedade* que guardam entre si as três sub-regras da proporcionalidade. Em termos práticos, isso significa que a análise da incidência das sub-regras deverá

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 50, n. 23, p. 1-41, 2002, p. 31.

⁵² Na decisão da ADI 6586 o STF se refere aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não trataremos da regra da razoabilidade em separado, até mesmo porque, de acordo com os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva (in 2012), nos quais o estudo desse subitem de baseia, a razoabilidade, entendida como a compatibilidade entre meios e fins, nada mais é o do que uma das três sub-regras da proporcionalidade, qual seja: a exigência de *adequação*. Portanto, o estudo da razoabilidade está *contido* no estudo da proporcionalidade.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 50, n. 23, p. 1-37, 2002, p. 24, grifo nosso.

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 109.

seguir uma sequência, começando pela *adequação*, seguida da *necessidade*, finalizando com a *proporcionalidade em sentido estrito*. A análise da necessidade só ocorrerá se o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; a análise da proporcionalidade em sentido estrito só terá lugar se as análises da adequação e necessidade não tiverem solucionado o problema.

Antes de adentrar no estudo das sub-regras, registra-se uma observação: em tópico anterior, mencionamos que o parâmetro científico também pode integrar a análise de proporcionalidade no caso da instituição do passaporte vacinal. Nesse particular, deve-se ter em conta a natureza volátil da pandemia, que ora se retrai, ora se agrava. De modo que uma mesma medida pode ser, para determinada conjuntura da pandemia, proporcional, mas se tornar desproporcional para outra, a depender do diagnóstico que a ciência fizer para a gravidade do momento pandêmico.

Passemos à análise individual das 3 sub-regras da proporcionalidade.

3.2.5.1 Adequação

A adequação de uma medida se analisa a partir da sua capacidade de alcançar, ou, *pelo menos*, fomentar o objetivo pretendido. Somente será *inadequada* a medida cuja utilização em *nada* contribuir para fomentar a realização do que se persegue⁵⁵.

No caso do passaporte vacinal, a pergunta que deve ser feita é se o condicionamento do exercício de um direito à apresentação do comprovante de vacinação se presta para *ajudar* a evitar a disseminação do vírus.

Para responder à indagação, podemos percorrer o seguinte raciocínio: (1) o condicionamento do exercício de um direito à imunização é um incentivo para que as pessoas que queiram usufruir do direito condicionado se vacinem; (2) tendo em vista que as vacinas são eficazes para conter a disseminação do vírus, um ambiente no qual as pessoas estão protegidas pela vacina, as chances de infecção serão reduzidas⁵⁶.

Portanto, ainda que não se examine a natureza do direito cujo exercício que será condicionado à apresentação do comprovante de vacinação, o *incentivo à vacinação* que surgirá pelo mero fato de *algum* direito estar condicionado à vacinação já faz com que a resposta quanto à adequação da medida – passaporte vacinal - para o objetivo buscado - conter a disseminação do vírus - seja afirmativa.

Afinal, se uma medida *somente será inadequada* se sua utilização *não contribuir em nada* para fomentar a realização do objetivo pretendido, o efeito promocional gerado pela restrição já é uma forma de fomentar o objetivo perseguido.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 50, n. 23, p. 1-41, 2002.

⁵⁶ Nesse ponto, retomamos o item 3.2.1 (*base em evidências científicas*), no qual concluímos que a certeza a respeito da efetividade da vacina é um pressuposto inegociável, um ponto de partida para se cogitar sobre a instituição do passaporte vacinal. Afinal, condicionar o exercício de um direito à vacinação só será uma medida *adequada* se a imunização for medida capaz de fomentar a contenção da disseminação do vírus.

Esse raciocínio nos leva a concluir que, no caso da análise da adequação, de antemão, a instituição de um passaporte vacinal será *sempre* medida adequada à contenção do vírus, independentemente de outros aspectos.

3.2.5.2 Necessidade

Na perquirição da sub-regra da necessidade, se adentrará em um campo cuja análise vai se tornando mais particular no caso a caso, e não permite uma conclusão genérica como a alcançada para a sub-regra da adequação, no sentido de que o passaporte vacinal sempre será medida adequada para conter o vírus.

Para analisar a *necessidade* da medida será preciso ponderar se o objetivo perseguido – conter a disseminação do vírus – pode ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor grau, o direito fundamental atingido⁵⁷. Isso implica que, para verificar a necessidade da medida, será preciso analisar *qual é o direito fundamental cujo exercício será condicionado* – o que não precisou ser levado em conta para concluirmos que o passaporte vacinal é adequado para combater o covid-19. Além disso, será preciso elucubrar sobre alternativas eficazes à persecução do mesmo objetivo, e que afetariam de forma menos gravosa o direito fundamental.

Aqui não há resposta pronta. O administrador precisará do apoio de *órgãos técnicos* que o subsidiarão para informar sobre a existência de alternativas, **ante o cenário da pandemia contemporâneo a essa análise**.

O diagnóstico do cenário pandêmico deverá ser a primeira providência. São informações que somente um órgão técnico pode avaliar, respondendo a perguntas do tipo: qual o tipo de vírus que está em circulação? Qual a taxa de transmissibilidade do vírus? Quais as taxas de ocupação de leitos hospitalares e de UTI? Qual o índice de gravidade da doença? Qual o índice de óbitos pelo vírus? Qual o percentual de vacinação na região?

O órgão técnico também deverá ser consultado sobre medidas não farmacológicas que, por seu potencial de contribuir para a redução do índice de contaminação, poderão ser adotadas alternativamente à exigência do passaporte vacinal. São medidas do tipo: uso da máscara, uso de álcool gel, higienização dos ambientes com produtos aprovados pela Anvisa, aumento da ventilação dos locais, limpeza frequente e manutenção de ar-condicionado, distanciamento social controlado, etc⁵⁸.

⁵⁷ O conceito da sub-regra da necessidade é, mais uma vez, de Virgílio Afonso da Silva. Cf.: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 50, n. 23, p. 1-41, 2002, p. 39.

⁵⁸ A Lei nº 13.979/2020 (Lei de enfrentamento ao Covid) especificou essas medidas em seu art. 3º: “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames

Sempre que uma medida não farmacológica for suficiente para se evitar a adoção do passaporte vacinal, deverá ser ela adotada *antes* daquele, pois, *em regra*⁵⁹, são medidas que afetam em menor medida a liberdade individual e os direitos a ela correlatos.

Subsidiado pelos órgãos técnicos, o administrador emitirá juízos comparativos em relação a essas alternativas, para tomar sua decisão.

3.2.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, chegamos à terceira sub-regra adjacente ao exame da proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito⁶⁰.

Ainda que, nas análises antecedentes, se tenha concluído pela adequação e necessidade da adoção de um passaporte vacinal, este terceiro critério poderá fulminar com a pecha da desproporcionalidade a medida cuja proposta se analisa.

A análise da *proporcionalidade em sentido estrito* consiste num “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁶¹.

Temos, então, de um lado, um direito fundamental cuja realização se persegue. De outro lado, há um outro direito fundamental que com ele colide, e que precisa ser restringido para que o primeiro direito fundamental possa ser alcançado.

No caso do passaporte vacinal, o direito fundamental cuja realização se persegue será sempre o direito à saúde – não apenas de um indivíduo, mas de toda a coletividade.

O direito do lado oposto dessa equação poderá variar, mas devido à própria natureza do objetivo perseguido – promover o direito à saúde *por meio da contenção do espalhamento do vírus* – haverá sempre a restrição ao exercício de alguma forma de *liberdade pública*, como a liberdade de locomoção (quase sempre esse direito será

médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos; VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal;

⁵⁹ Admitidas exceções, como é o caso da quarentena/*lockdown*.

⁶⁰ O legislador da Lei de 13.797/2020 veiculou a preocupação com a proporcionalidade na implementação das medidas de enfrentamento ao covid-19 quando dispôs no § 1º do art. 3º que: “as medidas previstas neste artigo [...] deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.” O exame da proporcionalidade em sentido estrito, porém, não se esgota nesta análise em relação ao tempo e espaço da imposição das medidas.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 50, n. 23, p. 1-41, 2002.

restringido no caso do passaporte vacinal), liberdade profissional (caso se exija o comprovante de vacinação para adentrar em locais onde o indivíduo exerça sua profissão) ou a liberdade religiosa (caso se exija o passaporte para participar de cultos). Essa conclusão é alcançada percorrendo-se o seguinte itinerário lógico: (1) a transmissão do vírus ocorre principalmente por meio do contato com pessoas infectadas (BRASIL, Ministério da Saúde, 2020); (2) as vacinas são eficazes na redução da circulação do vírus (BRASIL, Fundação Oswaldo Cruz, 2021); (3) portanto, em ambientes nos quais os frequentadores estão vacinados o risco de transmissão do vírus é menor; (4) em assim sendo, vedar a presença de pessoas não vacinadas em certos locais é uma medida eficaz no impedimento do espalhamento do vírus⁶²; (5) vedar a presença de pessoas em determinados lugares é uma forma de restrição à sua *liberdade*.

Ocorre que, ao limitar o acesso de pessoas não vacinadas a determinados lugares, poder-se-á restringir o exercício de *algum outro direito fundamental*, que não uma liberdade pública, como por exemplo: direito à cultura e ao lazer (quando se impede o acesso a shows, restaurantes, espetáculos, academias, parques), à educação (quando se veda a frequência a algum curso, escolas, universidades), ou mesmo à saúde, caso se determinasse, hipoteticamente, que pessoas não vacinadas não poderiam ser atendidas pelo SUS⁶³.

⁶² Neste ponto, se fazem pertinentes duas observações. A primeira é para deixar clara uma premissa básica deste trabalho: como anunciado na introdução, busca-se aqui retirar as camadas ideológicas da discussão sobre a instituição do passaporte vacinal, procurando um entendimento mais técnico sobre o assunto. Esse objetivo, porém, *não inclui* colocar em dúvida consensos científicos estabelecidos pelo atual estágio da ciência, como o de que o vírus se transmite pelo contato entre pessoas infectadas e o de que as vacinas têm eficácia. Por ciência, deve-se entender o conhecimento produzido de acordo com métodos científicos. O método científico, do qual Galileu Galilei é considerado um dos “pais”, pode ser definido como “uma sequência de etapas que precisa idealmente (embora na realidade isso raramente aconteça) ser cumprida para que se desenvolva uma nova teoria ou para que se alcance um conhecimento mais avançado”. LIVIO, Mario. *Galileu e os negadores da ciência*. Rio de Janeiro: Record, 2021. A segunda observação diz respeito à seguinte questão: pode o passaporte vacinal ser instituído com o objetivo *exclusivo* de incentivar a vacinação? Quando se condiciona o exercício de algum direito à apresentação do comprovante de vacinação, um efeito colateral (desejado!) é a promoção do incentivo à vacinação. Afinal, aquele que quiser ultrapassar o condicionamento imposto será impelido a se vacinar. Pode o poder público, no entanto, estabelecer o incentivo à vacinação, não como efeito colateral, mas como objetivo primário da exigência de apresentação do passaporte vacinal, condicionando à imunização o exercício de direitos cuja restrição *não tenha qualquer nexa causal* com a contenção do espalhamento do vírus? A resposta requer uma reflexão aprofundada, mas em um primeiro momento, parece-nos que este tipo de restrição tenderá a ser *desproporcional*, portanto, *inconstitucional*.

⁶³ Rivero e Moutouh assim diferenciam as liberdades públicas de outros tipos de direitos do homem: “as liberdades públicas são direitos do homem de uma natureza bem definida: elas constituem, como vimos, poderes de escolha. Embora em sua origem a lista dos direitos do homem só abrangesse tais poderes, de tal modo que havia coincidência entre direitos do homem e liberdades, reconheceu-se mais tarde que a natureza humana exigia outra coisa: um mínimo de segurança material, que implica principalmente proteção da saúde e possibilidade de encontrar um emprego remunerado, e também um mínimo de desenvolvimento intelectual, ligado ao acesso ao ensino, à cultura, à informação. Esses direitos do homem, tão essenciais quanto aqueles que inicialmente haviam sido reconhecidos, contudo distinguem-se deles profundamente do ponto de vista jurídico: conferem a seu titular, não um poder de livre opinião e de livre ação, mas um crédito contra a sociedade, obrigada a fornecer, para lhes satisfazer, prestações positivas que implicam a criação de serviços públicos: seguridade social, serviço

Não há dúvidas do enorme peso que o direito à saúde coletiva possui. A saúde é o pressuposto, não só para uma existência digna, mas para a própria *existência*. Porém, para justificar a restrição de outro direito fundamental, o peso do direito à saúde coletiva deverá ser suficiente para fazê-lo prevalecer sobre o peso do direito restringido. Dito de outra forma, os motivos que justificaram a adoção do passaporte vacinal devem ser suficientes para justificar a restrição do direito.

A análise da proporcionalidade em sentido estrito inclui considerações sobre as ocasiões nas quais a exigência do passaporte vacinal pode ser excepcionada em razão de alguma condição particular de determinado indivíduo. Em especial, há duas situações em que caberá essa análise: (a) oposição por questões de saúde e (b) oposição por objeção de consciência (motivos religiosos, políticos, éticos ou morais).

No caso da oposição por questão de saúde, não resta dúvida de que, o indivíduo em relação ao qual comprovadamente a vacina representa um risco maior do que o benefício individual que dela poderia advir, poderá ser dispensado da apresentação do passaporte vacinal. Afinal, se o pressuposto básico para que se cogite da obrigatoriedade da vacinação é a certeza científica no sentido de que ela funciona e traz benefícios, e esse pressuposto cai por terra, seria claramente desproporcional exigir o sacrifício pessoal do indivíduo em relação ao qual a vacina represente, não uma proteção, mas um veneno, sob a justificativa de “proteger o coletivo”. Talvez, esse caso sequer possa ser configurado uma exceção, pois quando a lei do covid-19 diz que “as medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas”, está claro que nas situações em que não houver esse tipo de evidência, a medida descabe⁶⁴.

A questão da oposição por objeção de consciência nos coloca em campo mais complexo e delicado. Há aqui um tensionamento entre os princípios da solidariedade e da liberdade, ambos de *status* constitucional.

A objeção de consciência pode ser definida como

o comportamento não violento de quem recusa o cumprimento de uma norma jurídica positiva com base em razões axiológicas – e não meramente psicológicas – derivadas de um “dever ser” expresso pela normatividade da própria consciência⁶⁵.

de colocação de emprego, ensino, etc. Portanto, não constituem liberdades, diferentemente dos precedentes, e os problemas jurídicos apresentados por uns e pelos outros são distintos”. RIVERO, Jean; MOUTOUH, Huges. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12.

⁶⁴ Obviamente, a dispensa de apresentação de passaporte vacinal por este motivo ocorrerá mediante comprovação de atestado emitido por médico.

⁶⁵ CICCO, Maria Cristina de. Objeção de Consciência e Vacinação. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Direito e Vacinação**. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 436.

O grande desafio que envolve a análise da objeção de consciência se refere ao fato de que tudo se passa no âmbito da consciência íntima do indivíduo, de modo que é difícil, senão impossível, identificar se a recusa ao cumprimento do dever é motivada de fato por razões axiológicas ou decorrente de meros caprichos pessoais.

Um critério para se resolver o dilema pode ser analisar se as consequências da recusa recaem apenas sobre o próprio objetor, ou também sobre outros, de modo que a solidariedade seria um limite à objeção de consciência.

No caso da recusa à vacina, claro está que as consequências recaem sobre toda a coletividade, uma vez que a proteção conferida pela vacina é, a um só tempo, do indivíduo e da coletividade, na medida em que gera imunidade de rebanho e possibilita a erradicação da doença.

No julgamento da ADI 6586, sobre a vacinação obrigatória no contexto do covid-19, alguns ministros chegaram a se manifestar sobre essa situação. O Min. Gilmar Mendes consignou em seu voto:

Nesse particular, embora o STF já tenha discutido outras situações em que as objeções de consciência poderiam se opor ao interesse estatal na área sanitária, qual versado no precedente sobre a proibição de exame de DNA compulsório ((HC 71.373-4/RS, Redator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, grifei) ou ainda no tradicional debate sobre a transfusão sanguínea dos testemunhos de Jeová (RE 1.212.272, Rel. Min. Gilmar Mendes), o caso em tela diferencia-se substancialmente desses. **A rigor, a recalcitrância à vacinação constitui não apenas uma recusa terapêutica que coloca em risco a saúde individual. No caso da recusa vacinal, o que está em jogo, em última análise, é a essencialidade do cumprimento da medida para um plano maior de realização de política pública de combate a uma doença infectocontagiosa que põe em risco a vida de todos**⁶⁶.

Portanto, a princípio, não parece legítima a recusa à vacinação por motivo de oposição de consciência.

Admitir a recusa em razão de oposição de consciência colocaria, inclusive, em risco todo o programa de vacinação, pois incentivaria a existência de *free riders*: indivíduos que recusariam a vacinação sob a alegação de objeção de consciência, na expectativa individualista de se beneficiar dos efeitos da vacinação dos outros, sem ter que se submeter aos remotos e eventuais riscos da vacinação própria⁶⁷.

⁶⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6586. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. J. 17/12/20. DJE 07/04/21. Brasília, DF: STF, 2021b.

⁶⁷ CICCIO, Maria Cristina de. Objeção de Consciência e Vacinação. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Direito e Vacinação**. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 430.

4. CONCLUSÃO

(i) O passaporte vacinal foi uma das medidas adotadas no combate à disseminação do vírus do covid-19 no Brasil e no mundo, sob a premissa de que a vacinação protege contra a infecção, portanto, em ambientes onde as pessoas estão vacinadas o risco de contágio é menor.

(ii) Definimos passaporte vacinal como o documento, físico ou digital, que atesta que o seu titular cumpriu com as exigências sanitárias que o habilitam a exercer direito cujo exercício foi condicionado à obrigação de se imunizar. É uma ferramenta do poder de polícia, ou, como têm preferido a doutrina administrativa contemporânea, uma técnica da administração ordenadora para intervir na vida privada, de forma a promover comportamentos desejados.

(iii) No Brasil, a lei que autoriza a adoção do passaporte vacinal como medida de enfrentamento ao covid-19 é a Lei nº 13.979/2020 (art. 3º, III, “d”).

(iv) O estudo do tema do passaporte vacinal envolve vários aspectos complexos, a começar pela dificuldade de delimitar a esfera de competências de cada ente federado em matéria de vigilância epidemiológica, pois as competências nesse tema são do tipo *comuns* e *concorrentes*. Não é tarefa fácil especificar quais matérias poderão ser objeto da atividade legiferante de cada ente, nem quais ações estão dentro do âmbito de competências de cada um deles.

(v) A instituição do passaporte vacinal deve ser feita de forma a acomodar, da melhor maneira possível, os interesses coletivos e os direitos fundamentais. Isso significa dizer que o legislador e o administrador deverão exercer *juízos de ponderação* ao exercer essa tarefa. Aqui se revela outro aspecto da complexidade inerente ao tema, pois há uma multiplicidade de elementos a serem levados em conta na decisão sobre quais direitos poderão ter seu exercício condicionado à apresentação do passaporte vacinal, e em que extensão poderá se dar o condicionamento.

(vi) A lei de enfrentamento ao covid-19 delimitou alguns parâmetros que deverão guiar as autoridades públicas no momento da instituição do passaporte vacinal, os quais passaram pelo escrutínio do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 6586.

(vii) Ao longo de nossa exposição, exploramos e detalhamos os parâmetros dados por referida lei e reafirmados pela Suprema Corte. São eles: (a) tomar como base evidências científicas; (b) conferir ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes; (c) distribuição universal e gratuita das vacinas; (d) respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais; (e) atendimento à regra da proporcionalidade em sua tríplice estrutura: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

(viii) De nossa análise, emergiu a absoluta importância de dois desses parâmetros no processo decisório a respeito da implementação do passaporte vacinal. São eles o *critério científico* e a *regra da proporcionalidade*.

(ix) O critério científico comparece até mesmo no momento que antecede o processo de ponderação a respeito da instituição do passaporte vacinal, pois sequer se cogitará da exigência de vacinação obrigatória, caso não exista certeza a respeito da segurança e eficácia das vacinas.

(x) No caso do covid-19, dado como certo pelo conhecimento científico estabelecido que as vacinas são seguras e eficazes, e autorizado por lei o uso do passaporte vacinal como ferramenta de enfrentamento à pandemia, a autoridade pública que pretender instituí-lo deverá realizar um processo de ponderação.

(xi) Nesse processo, a regra da proporcionalidade é, sob o aspecto *jurídico*, a grande ferramenta que irá apoiar a decisão da autoridade pública para definir o passaporte vacinal em todos os seus contornos – em especial, na identificação do direito que será condicionado, e na extensão das restrições que serão impostas.

(xii) O parâmetro científico também permeará todas as etapas do processo de ponderação a ser feito pela autoridade pública que pretender implementar o passaporte vacinal.

(xiii) Espera-se que, com o uso da regra da proporcionalidade, e sempre subsidiado pelos órgãos com a expertise técnica necessária, atentando-se aos demais critérios expostos ao longo do trabalho, o administrador que pretenda se utilizar do passaporte vacinal como instrumento de combate ao covid-19 possa alcançar um resultado que conforme, da melhor maneira possível, o direito à saúde coletiva com os demais direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020**. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10212.htm. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976**. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos,

Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 22 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.125 de 10 de março de 2021**. Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. Brasília, DF: Presidência da República, 2021d. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14125.htm. Acesso em 17 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.466, de 16 de novembro de 2022**. Revoga a Lei nº 14.125, de 10 de março de 2021, que dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14466.htm#art1. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Saiba o que é exigido para a aprovação de vacinas**. Anvisa, Brasília, DF, 2020b. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/en_US/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/saiba-o-que-e-exigido-para-a-aprovacao-de-vacinas/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=en_US. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria Interministerial nº 663, de 20 de dezembro de 2021**. Dispõe sobre medidas excepcionais e temporárias para entrada no País, nos termos da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2021a. Disponível em: [file:///C:/Users/lsantana/Downloads/PORTARIA%20INTERMINISTERIAL%20N%C2%BA%20663,%20DE%2020%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202021%20-%20PORTARIA%20INTERMINISTERIAL%20N%C2%BA%20663,%20DE%2020%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202021%20-%20DOU%20-%20Imprensa%20Nacional%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lsantana/Downloads/PORTARIA%20INTERMINISTERIAL%20N%C2%BA%20663,%20DE%2020%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202021%20-%20PORTARIA%20INTERMINISTERIAL%20N%C2%BA%20663,%20DE%2020%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202021%20-%20DOU%20-%20Imprensa%20Nacional%20(1).pdf). Acesso em: 07 out. 2024.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Coronavírus: como é transmitido? Como é transmitido? **Ministério da Saúde**, Brasília, DF, 2021c. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/como-e-transmitido#:~:text=A%20transmiss%C3%A3o%20da%20doen%C3%A7a%20pode,de%20pessoas%20sintom%C3%A1ticas%20para%20outras>. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 2875**. Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, DF: STF, 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534977>. Acesso em: 07 out. 2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado do TRF-05ª Região), Rel. para o acórdão Min. Luís Felipe Salomão, j. 02.08.18. Brasília, DF: STF, 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 5501**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. J. 26/10/20. DJE 01/12/2020. Brasília, DF: STF, 2020d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754525738>. Acesso em: 07 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 6341**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Relator para o acórdão: Min. Edson Facchin. J. 15/04/20. DJE 13/11/2020. Brasília, DF, STF, 2020b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em: 7 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 6586**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. J. 17/12/20. DJE 07/04/21. Brasília, DF: STF, 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>. Acesso em 04 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 6343**. Plenário. Relator: Min. André Mendonça. Brasília, DF: STF, 2020e. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344984917&text=.pdf>. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 6362**. Plenário. Relator: Min. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF: STF, 2020f. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886574>. Acesso em: 7 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 6587**. Plenário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF: STF, 2020g. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517731>. Acesso em 07 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 672**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF: STF, 2020h. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 07 out. 2024.

BRASIL URGENTE. Programa veiculado pelo Canal Brasil Urgente. **Brasil Urgente**, São Paulo, 15 jan. 2021. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=K3_yDX__O4s. Acesso em: 27 dez. 2022.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Questões sobre vacinação e o consentimento esclarecido. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Direito e Vacinação**. Rio de Janeiro: Processo, 2022. Disponível em: <http://www.editoraprocesso.com.br/obras/direito-e-vacinacao/172>. Acesso em: 11 ago. 2022.

CICCO, Maria Cristina de. Objeção de Consciência e Vacinação. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Direito e Vacinação**. Rio de Janeiro: Processo, 2022. Disponível em: <http://www.editoraprocesso.com.br/obras/direito-e-vacinacao/172>. Acesso em: 11 ago. 2022.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Qual a importância da vacinação contra a covid-19? **Fundação Oswaldo Cruz**, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/qual-importancia-da-vacinacao-contra-covid-19>. Acesso em: 21 fev. 2023.

G1 Globo. Médicos anunciam resultado dos estudos sobre pílula do câncer. **G1 Globo**, Rio de Janeiro, 31 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/03/medicos-anunciam-resultado-dos-estudos-sobre-pilula-do-cancer.html>. Acesso em: 9 fev. 2023.

HARARI, Yuval Noah. **Notas Sobre a Pandemia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

JOLY, Carlos A.; QUEIROZ, Helder Lima de. Pandemia, Biodiversidade, Mudanças Globais E Bem-estar Humano. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 34, n. 100, p. 67-82, 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ea/a/5HvsTXYGTS5gzVFvfmKD7qS/?lang=pt>. Acesso em: 16 ago. 2022.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues; SANTANA, Fabio Paulo Reis de. A questão da vacinação obrigatória: uma análise à luz do direito administrativo brasileiro. **Brazilian Journal Of Development**, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 5030-5042, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.34117/bjdv7n1-341>

LIVIO, Mario. **Galileu e os negadores da ciência**. Rio de Janeiro: Record, 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de; MOSTARDEIRO, Paulo. Vacinação Obrigatória: um imperativo de solidariedade social. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Direito e Vacinação**. Rio de Janeiro: Processo, 2022. Disponível em: <http://www.editoraprocesso.com.br/obras/direito-e-vacinacao/172>. Acesso em: 11 ago. 2022.

ORSI, Carlos; PASTERNAK, Natália. **Contra a realidade: a negação da ciência, suas causas e consequências**. São Paulo: Papyrus 7 Mares, 2021.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 66.421, de 03 de janeiro de 2022**. Dispõe sobre a comprovação de vacinação contra a COVID-19 por parte dos agentes públicos que especifica e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2022/decreto-66421-03.01.2022.html>. Acesso em: 4 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Portaria nº 9.998, de 20 de setembro de 2021**. Dispõe sobre os reflexos do Plano Nacional de Imunização contra a covid-19 em relação ao ingresso em prédios do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=130426>. Acesso em: 7 out. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. **Resolução GR-046/2022, de 11 de novembro de 2022**. Dispõe sobre o uso obrigatório de máscara na Universidade a partir de 16 de novembro de 2022 e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2022a. Disponível em: <https://www.pg.unicamp.br/norma/31421/0#:~:text=RESOLVE%3A,16%20de%20novembro%20de%202022>. Acesso em: 07 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Universidade de São Paulo – USP. **Resolução CoG nº 8167, de 14 de fevereiro de 2022**. Altera dispositivos da Resolução CoG nº 8114, de 29 de julho de 2021, que estabelece normas para o Concurso Vestibular FUVEST 2022 da Universidade de São Paulo e dá outras providências, para prever a exigência de comprovação de vacinação contra a covid-19. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2022b. Disponível em: <https://leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-cog-no-8167-de-15-de-fevereiro-de-2022>. Acesso em: 07 out. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Teoria da Proporcionalidade e Razoabilidade no Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 50, n. 23, p. 1-41, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013. DOI: 10.37497/revistacejur.v1i1.24.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **A Legitimação dos Direitos Humanos**. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VITAL, Danilo. STF declara inconstitucional a lei que autoriza distribuição da “pílula do câncer”. **Conjur**, Brasília, DF, 24 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-24/supremo-declara-inconstitucionalidade-lei-pilula-cancer>. Acesso em: 9 fev. 2023.

POSSIBILIDADE DE ONERAR O USO DE FAIXAS DE DOMÍNIO POR PRESTADORES DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ENQUADRAMENTO DAS EMPRESAS ESTATAIS

The possibility of charging public service providers for the use of domain lanes: a framework for state-owned companies

Fabiana Paulovich de Alencar¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Bens Públicos: faixas de domínio como bens de uso comum do povo e sua utilização por terceiros; 3. Legislação aplicável: dispositivos legais que sustentam a gratuidade e a onerosidade da cessão das faixas de domínio; 4. Jurisprudência: como as Cortes Superiores julgam as demandas judiciais que envolvem cessão de uso de faixas de domínio; 4.1 Decisões favoráveis à gratuidade; 4.2 Decisões favoráveis à onerosidade; 5. Limbo doutrinário e jurisprudencial em que se encontram as empresas estatais; 5.1 Decisões favoráveis à gratuidade; 5.2 Decisões favoráveis à onerosidade; 5.2.1 Faixa de domínio como bem público com destinação especial; 5.2.2 Lei de criação de empresa estatal prevê possibilidade de cobrança; 5.2.3 Cessão da faixa de domínio ocorrida em data anterior à promulgação da Lei nº 13.116/2015 e intuito lucrativo da concessionária de telefonia; 6. Considerações finais sobre a CPTM; 7. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Expondo a legislação aplicável e a jurisprudência prevalecente das Cortes Superiores, este estudo analisa a possibilidade de efetuar cobrança de valores pelo uso de faixas de domínio, classificadas como bens públicos de uso comum do povo, destacando o limbo jurisprudencial e doutrinário em que os bens sob a administração de empresas estatais prestadoras de serviços públicos encontram-se em comparação com os entendimentos predominantes relativos à cessão das faixas de domínio pertencentes a pessoas políticas e pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Pública Direta e àquelas administradas por concessionárias de serviços públicos.

Palavras-Chave: Bens públicos. Uso de faixa de domínio. Empresa estatal. Remuneração.

ABSTRACT

Exposing the applicable legislation and the prevailing jurisprudence of the Superior Courts, this study analyzes the possibility of charging for the use of domain bands, classified as public goods of common use of the people, highlighting the jurisprudential and doctrinal limbo in which assets under the administration of state-owned public service providers find in comparison with the prevailing understandings regarding the assignment of domain bands belonging to political persons and public law legal entities that are members of the Direct Public Administration and those administered by public utilities.

Keywords: Public goods. Use of domain band. State enterprise. Remuneration.

¹ Advogada exercendo a profissão desde 2005. Trabalha na Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) desde 2008. Formada em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru – Instituição Toledo de Ensino. Formada em Comunicação Social: Jornalismo pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP-Bauru). Especialização em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado (ESPGE).

1. INTRODUÇÃO

As faixas de domínio, que podem ser entendidas como as áreas laterais às pistas de rolamento das rodovias e as áreas às margens de vias férreas, são consideradas bens públicos de uso comum do povo, nos termos do que preceitua o artigo 99², do Código Civil, e possuem utilidade pública.

A utilização dessas faixas de domínio ao longo de rodovias e ferrovias por prestadores de serviços públicos, para instalação de infraestruturas aéreas ou subterrâneas, é uma prática bastante comum.

É certo que as prestadoras de serviços públicos, por exemplo, de saneamento básico, de energia elétrica, de telefonia e telecomunicações, de transporte dutoviário de petróleo e seus derivados, de transporte dutoviário de gás natural, entre outros, utilizam áreas de terceiros para implantarem seus equipamentos e suas redes de dutos, subdutos, cabos e postes, sendo que, em sua maioria, implantam travessias subterrâneas. Entre estes terceiros que suportam tais travessias, encontram-se outras prestadoras de serviço público, como rodovias e ferrovias.

Embora não haja discussão sobre o interesse público envolvido para a cessão das áreas, vez que o uso se destina à consecução da prestação de serviços públicos que beneficiam a coletividade, o que causa controvérsia é se a utilização das faixas de domínio das rodovias e ferrovias por outras prestadoras de serviço público deve ser onerosa ou gratuita.

Tratando, especificamente, das cessões de uso de faixas de domínio para concessionárias de transmissão e distribuição de energia elétrica e para concessionárias de telefonia e telecomunicações, a legislação aplicável permite que se sustente tanto o entendimento da cessão gratuita quanto a defesa da cessão onerosa.

Dessa forma, considerando que há argumentos consistentes a sustentar qualquer um dos lados, o Poder Judiciário é sobrecarregado com ações judiciais em que se discute a possibilidade de remunerar o uso das faixas de domínio.

Enquanto a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal (STF) tende a reconhecer uma política nacional destinada a desonerar o direito de passagem,

² Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. Cf.: BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

defendendo que o ente público não pode cobrar pelo uso de seus bens impondo ônus demasiadamente excessivo à prestação dos serviços públicos, o E. STJ vem decidindo, reiteradamente, no sentido de permitir a cobrança de valores pelas concessionárias de rodovias que administram as faixas de domínio, levando em consideração as previsões trazidas nos Contratos de Concessão, que permitem a obtenção de receitas alternativas, com fulcro no quanto dispõe o artigo 11, da Lei Federal nº 8.987/1995.

Ocorre que o universo de titulares de bens públicos passíveis de cessão não se restringe à Administração Pública Direta e às concessionárias de serviços públicos. Há também empresas estatais, cuja instituição é precedida de autorização legislativa e são pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos sujeitas a regime jurídico de direito privado, mas obedecem determinadas regras do regime de direito público, em especial, no que concerne aos seus bens vinculados à prestação de serviço público, que são equiparados a bens públicos em razão da destinação.

Assim, este estudo tem como finalidade analisar a possibilidade de cobrança de valores pela cessão de faixas de domínio pertencentes à Administração Pública Direta, às concessionárias de serviço público e às empresas estatais prestadoras de serviço público, buscando concluir se estas últimas amoldam-se mais ao entendimento jurisprudencial predominante referente ao Poder Concedente ou ao entendimento que vem sendo aplicado às concessionárias.

Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica por meio da doutrina, legislação e a principal jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como de julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) para melhor entendimento da controvérsia analisada.

2. BENS PÚBLICOS: FAIXAS DE DOMÍNIO COMO BENS DE USO COMUM DO POVO E SUA UTILIZAÇÃO POR TERCEIROS

Primeiramente, antes de adentrar na discussão sobre a possibilidade de onerar a cessão das faixas de domínio, é importante trazer a definição de bens públicos firmada pelo ordenamento jurídico e pela doutrina e qual a classificação dos bens pertencentes a empresas estatais.

O artigo 98, do Código Civil (CC), define que os bens públicos são “os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”³.

Assim, de acordo com a definição legal, não resta dúvida de que os bens que pertencem aos entes da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), autarquias e fundações públicas, que gozam de natureza

³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

jurídica de direito público, são bens públicos. Todos os outros bens, seguindo a previsão legal, seriam bens particulares, seja qual for a pessoa a qual pertençam.

Ou seja, a classificação legal de bem público decorre da titularidade do bem.

Dessa forma, pela letra fria da lei, os bens pertencentes aos entes da Administração Pública Indireta, como empresas públicas e sociedades de economia mista, estariam classificados como bens particulares, uma vez que tais entes possuem natureza jurídica de direito privado⁴.

Todavia, quanto à classificação dos bens pertencentes ou administrados por empresas públicas e sociedades de economia mista, embora a doutrina não seja unânime quanto à sua classificação, quando se trata de pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, há prevalência do entendimento de tratar-se de bens públicos por equiparação, desde que sejam afetados ou vinculados à prestação do serviço público.

Entre os doutrinadores que defendem serem públicos os bens pertencentes a empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos encontra-se Hely Lopes Meirelles⁵, que faz nítida classificação quanto à natureza jurídica dos bens dos entes da Administração Pública Indireta que prestam serviços públicos:

Quanto aos bens das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, serviços autônomos etc.), entendemos que são, também, bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a quem foram transferidos para consecução dos fins estatutários. **A origem e a natureza total ou predominante desses bens continuam públicas; sua destinação é de interesse público; apenas sua administração é confiada a uma entidade de personalidade privada, que os utilizará na forma da lei instituidora e do estatuto regedor da instituição.** A destinação especial desses bens sujeita-se aos preceitos da lei que autorizou a transferência do patrimônio estatal ao paraestatal, a fim de atender aos objetivos visados pelo Poder Público criador da entidade. Esse patrimônio, **embora incorporado a uma instituição de personalidade privada, continua vinculado ao serviço público, apenas prestado**

⁴ Nota: A natureza jurídica dos entes da Administração Pública Indireta é definida pela Constituição Federal que, em seu artigo 173, § 1º, inciso II prevê: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 430-431. (Grifo nosso).

de forma descentralizada ou indireta por uma entidade paraestatal, de estrutura comercial, civil ou, mesmo especial. Mas, lato sensu, é patrimônio público, tanto assim que na extinção da entidade reverte ao ente estatal que o criou, e qualquer ato que o lese poderá ser invalidado por ação popular.

Assim sendo, estando o bem de empresa pública ou sociedade de economia mista vinculado à prestação de serviço público, este é considerado bem público em razão da função que lhe é posta, estando, portanto, submetido ao regime jurídico de direito público.

A doutrina, portanto, traz interpretação mais abrangente ao que dispõe a lei civil, asseverando que não somente os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito interno são públicos, mas também os bens da Administração Pública Indireta, como empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

Os bens públicos podem ser classificados em bens públicos de uso comum do povo, bens públicos com destinação especial e bens públicos dominicais.

Seguindo o quanto preceitua o artigo 99⁶, do Código Civil, são bens públicos de uso comum do povo os rios, mares, estradas, ruas e praças, denotando-se que se prestam ao uso da população.

Por sua vez, os bens com destinação especial são os bens móveis ou imóveis que se destinam à prestação de um serviço público, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual ou municipal, inclusive os de suas autarquias, entendendo-se, também, conforme acima exposto, que a doutrina engloba os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

Já os bens dominicais configuram os bens disponíveis, não afetados à destinação pública, podendo ser alienados, por exemplo. Mas não há que se entender que estariam sob o regime de direito privado, vez que, seguindo o exemplo de que tais bens podem ser alienados, mesmo assim, devem seguir ditames legais, como a realização de prévia licitação⁷.

⁶ Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

⁷ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. Utilização de bens públicos e remuneração pelo uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias de serviço público: nuances jurídicas. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 20, n. 47, p. 211-231, 2019.

Quanto ao uso, os bens públicos podem ser utilizados pela própria pessoa jurídica a qual pertencem, podem ser cedidos a outros entes públicos e, ainda, podem ser cedidos para uso de terceiros.

Nesse contexto, analisando as classificações dos bens públicos pode-se enquadrar as faixas de domínio que, como alhures explicitado, podem ser entendidas como as áreas laterais às pistas de rolamento das rodovias e as áreas às margens das ferrovias, como bens públicos de uso comum do povo, não restando dúvida de que, na condição de bens públicos, podem ser cedidas ao uso de terceiros.

A cessão de bens públicos a terceiros, quando bens de uso comum do povo ou bens com destinação especial, é realizada por intermédio de instrumentos específicos para tal finalidade como as autorizações, permissões ou concessões de uso. Em se tratando de bens dominicais a cessão pode ser feita por meio de instrumentos públicos ou particulares, como a locação, por exemplo.

No tocante à remuneração pelo uso de bens públicos, o artigo 103⁸, do Código Civil disciplina que a cessão de bens públicos pode ser gratuita ou onerosa, de acordo com as regras do ente a qual pertencem.

No entanto, quando se trata de cessão das faixas de domínio para uso de concessionárias de prestação de serviço público, como transmissão e distribuição de energia elétrica e fornecimento de serviços de telefonia e telecomunicações, há grande celeuma quanto à onerosidade ou gratuidade da cessão. De um lado, as empresas que utilizam as faixas de domínio para instalação de infraestrutura para consecução do escopo da prestação do serviço público, e, de outro lado, as pessoas jurídicas responsáveis pela prestação do serviço público que cedem o uso das faixas de domínio.

Se é indiscutível que a cessão da faixa de domínio, como bem público de uso comum do povo e considerando a finalidade diversa de seu escopo originário, necessita de prévia formalização de instrumento específico para tal fim, é bastante controvertida a previsão de remuneração para a utilização das áreas, em especial, quando cedidas a outras prestadoras de serviços públicos.

A discussão remonta à possibilidade de se cobrar pelo uso específico de um bem público de uso comum do povo, necessário para implantação de equipamentos (redes de transmissão, postes, dutos, subdutos) visando à prestação de serviço público de titularidade da União Federal.

Para melhor entendimento da discussão quanto à possibilidade de remuneração pelo uso das faixas de domínio, a legislação suscitada por cada lado deve ser analisada, como faremos a seguir.

⁸ Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

3. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: DISPOSITIVOS LEGAIS QUE SUSTENTAM A GRATUIDADE E A ONEROSIDADE DA CESSÃO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO

Tanto as empresas prestadoras de serviços públicos de transmissão e distribuição de energia elétrica, como as empresas que operam os sistemas de telefonia e telecomunicações são titulares de concessões outorgadas pela União Federal, nos exatos termos do artigo 175⁹, da Constituição Federal.

Assim, possuem o dever constitucional de fornecer e manter a prestação do serviço público de forma adequada. Diante de necessidades operacionais da prestação do serviço público, as concessionárias de energia elétrica e de telefonia/telecomunicações utilizam vias públicas e outras áreas, entre elas, as faixas de domínio das rodovias e ferrovias para passagem de dutos, cabos, postes, torres e demais equipamentos.

As concessionárias de energia elétrica, então, buscando a cessão das faixas de domínio de forma gratuita escoram-se nas disposições do artigo 151, “c”, do Decreto Federal nº 24.643/1934¹⁰ (Código de Águas), que foi regulamentado pelos Decretos Federais nº 84.398/1980 e nº 86.859/1982, especifica e respectivamente, seus artigos 2^{o11} e 1^{o12}, que trazem, de forma resumida, que as autorizações de uso deverão ser

⁹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹⁰ Art. 151. Para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como, para explorar a concessão, o concessionário terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos: [...]

c) estabelecer as servidões permanente ou temporárias exigidas para as obras hidráulica e para o transporte e distribuição da energia elétrica. BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Rio de Janeiro: Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934.

¹¹ Art. 2º - Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por **prazo indeterminado e sem ônus** para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica. BRASIL. **Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980**. Dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980 (Grifo nosso).

¹² Art. 1º - A ocupação de **faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público**, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica de outros concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica, serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

Parágrafo único - Para os fins do disposto neste artigo, será considerada entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão de concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, auto ou linha a ser atravessada, ou a ter a respectiva faixa de domínio ocupada. BRASIL. **Decreto nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982**. Altera o Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de vias de transporte e de terrenos de domínio público e a travessia de vias de transporte, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica. Brasília, DF: Presidência da República, 1982. (Grifo nosso).

concedidas por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviço público de energia elétrica.

Por sua vez, as concessionárias de telefonia e telecomunicações embasam-se, além das disposições mais antigas mencionadas acima, nos preceitos mais recentes da Lei Federal nº 13.116/2015, chamada de Lei Geral das Antenas, mais especificamente em seu artigo 12¹³, que determina que não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo.

Referido dispositivo legal garante o uso gratuito para instalação de equipamentos para prestação do serviço público de telefonia e telecomunicações, mesmo que se trate de bem explorado por meio de concessão ou outra forma de delegação, salvo se o contrato de concessão decorra de licitação ocorrida em data anterior à promulgação da Lei nº 13.116/2015.

No outro extremo, encontram-se entes da Administração Pública Direta, concessionárias de rodovias e ferrovias, empresas públicas e sociedade de economia mista criadas para prestação de serviço público ferroviário, defendendo a possibilidade da cessão onerosa.

As concessionárias fundam-se no artigo 11, da Lei Federal nº 8.987/1995¹⁴, que outorga o direito de exploração do bem como fonte de receita alternativa. Nos termos do referido dispositivo legal, é permitida a busca pelas concessionárias de serviços públicos de receitas alternativas, a fim de promover a modicidade de suas tarifas.

Assim, permite que haja exploração comercial dos imóveis vinculados ao patrimônio concedido não somente para arcar com todos os gastos provenientes da prestação do serviço público, auxiliando na manutenção do sistema em funcionamento, mas também para promover a modicidade da tarifa praticada.

Ainda, os entes que defendem a onerosidade, embasam-se na previsão trazida pelo artigo 103, do Código Civil que prevê que o uso dos bens públicos pode

¹³ Art. 12. **Não será exigida contraprestação** em razão do direito de passagem em vias públicas, em **faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo**, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei. BRASIL. **Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015**. Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 05 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. (Grifo nosso)

¹⁴ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, **poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas**, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. (Grifo nosso).

ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

Com base em referido dispositivo do Código Civil, defende-se o cabimento da instituição de remuneração em contrapartida ao uso da faixa de domínio, sustentando que os bens de uso comum do povo, embora entenda-se que possam ser usados livremente pela população, não significa que possam ser usados gratuitamente e sim, que não dependem de prévia autorização do Poder Público para sua utilização. Conclui-se que os bens de uso comum do povo não são de propriedade do povo, mas pertencem aos entes públicos ou a particulares com destinação pública.

Dessa forma, mesmo se tratando de bem de uso comum do povo, sustenta-se que não há que se falar em utilização gratuita, devendo existir contrapartida por tal uso. Nesse sentido, podemos lembrar a opinião de Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁵:

O fato de um bem público ser afetado como de uso comum do povo não implica necessariamente na gratuidade deste, nem mesmo deste uso franqueado a todos (como se verifica na própria possibilidade de cobrança de pedágio em rodovias) e muito menos em vedação da onerosidade de usos outros (especiais ou privativos) que não aquele de natureza comum a toda gente.

Outro argumento que reforça a cobrança pelo uso das faixas de domínio é a impossibilidade de privilegiar o serviço prestado pelas concessionárias de energia elétrica e de telefonia/telecomunicações em detrimento dos serviços fornecidos pelas concessionárias de rodovias e empresas estatais prestadoras de serviços públicos de transporte ferroviário.

Sustenta-se que não há como se conferir maior importância aos serviços prestados pelas concessionárias de energia elétrica e de telefonia/telecomunicações em prejuízo das rodovias e ferrovias, vez que não há como se hierarquizar os interesses públicos envolvidos.

Ademais, argumenta-se que a gratuidade pode onerar os usuários dos serviços prestados pelas rodovias e ferrovias, inclusive, resultando em enriquecimento das concessionárias de energia elétrica e de telefonia/telecomunicações que se utilizam da infraestrutura das faixas de domínio.

Assim, assevera-se que o interesse público que reveste a pretensão das concessionárias de energia elétrica e de telefonia/telecomunicações para defender a utilização gratuita das faixas de domínio também baliza a defesa dos entes públicos, concessionárias e empresas estatais que têm que suportar as travessias e pretendem serem remunerados pelo uso das áreas.

¹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 45, p. 54-78, 2004.

Ainda, sustenta-se a tese de que não assiste à União Federal legislar sobre a ocupação dos bens dos demais entes federativos, sob pena de violação do pacto federativo, insculpido no artigo 18, da Constituição Federal¹⁶.

Alega-se que, se é certo que a União tem competência para legislar e explorar os serviços públicos de energia elétrica e de telefonia/telecomunicações, por outro lado, não tem nenhuma competência para editar normas sobre os bens pertencentes aos estados ou municípios. Isso porque, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF) a União não pode mais legislar sobre gestão patrimonial de natureza pública, competindo a cada ente federativo, titular do bem, o fazer.

O Brasil é um Estado Federativo e a Constituição Federal assegura, a cada ente estatal (União, Estados Distrito Federal e Municípios) autonomia para atuar no limite de suas competências, com independência.

Dessa forma, a Carta Magna define as competências de cada ente da Federação, sendo certo que cada um deles tem autonomia para definir o uso e a ocupação de seus bens, sob pena de se ferir o princípio federativo.

Portanto, defende-se que, respeitando o pacto federativo, cada ente político tem autonomia para dispor de seus bens, inclusive decidindo se o fará gratuita ou onerosamente, não detendo a União competência para regradar a ocupação dos bens dos estados e dos municípios.

Como bem pontuado por Floriano de Azevedo Marques Neto, os entes federativos são livres para administrarem os bens de seu acervo patrimonial:

É inerente à autonomia federativa que cada ente federado tenha liberdade para administrar os bens que integram o seu acervo patrimonial. Isso envolve não só margens de liberdade para gerir o domínio destes bens (alienando-os ou não, respeitadas as normas gerais de licitação por força da regra constante do artigo 22, XXVIII já aludida) como para disciplinar o uso destes (afetando-os, outorgando direitos de uso privativo, estabelecendo usos concomitantes, restringindo, limitando ou disciplinando as formas de utilização). Porém o direito indeclinável de qualquer ente da federação (desde a União até o mais singelo dos Municípios) não o faz imune ao exercício de competências atribuídas a outros entes¹⁷.

Nesse contexto, aduzem as rodovias e ferrovias que aceitar, por exemplo, que o Decreto Federal nº 84.398/1980 (alterado pelo Decreto nº 86.859/1982) e a Lei Federal nº 13.116/2015 estabeleçam a utilização gratuita das faixas de domínio fere diretamente o pacto federativo, vez que eventual gratuidade imposta pela União em

¹⁶ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 45, p. 54-78, 2004.

referidas leis não pode ser interpretada de forma a alcançar os demais entes federativos, pois compete a cada um a gestão de seu próprio patrimônio.

Diante da breve e resumida exposição acima, percebe-se que a celeuma é grande, existindo argumentos consistentes de ambos os lados, que defendem interesses contrapostos: o direito de concessionárias de serviços públicos de energia elétrica e de telefonia/telecomunicações ao uso gratuito das faixas de domínio para instalação de seus equipamentos, dutos e subdutos e o direito do Poder Público, de concessionárias de rodovias e empresas estatais prestadoras de serviços públicos de exigirem contraprestação pelo uso das faixas de domínio.

Interessante perceber que, entre os dispositivos legais supramencionados, que embasam tanto o entendimento dos que defendem a onerosidade da cessão quanto daqueles que sustentam a gratuidade, pode existir aparente colisão entre normas federais, questionando-se sobre a recepção dos normativos pela Constituição Federal e mesmo sobre sua revogação por outra lei federal mais recente.

Em especial, indaga-se se a norma constante do artigo 151, do Código de Águas e seus Decretos regulamentadores (Decretos Federais nº 84.398/1980 e nº 86.859/1982) foram recepcionados pela Constituição Federal.

De forma bastante sucinta, vez que não é finalidade deste estudo demonstrar a constitucionalidade ou não das previsões legais, mas de demonstrar sua aplicação em casos concretos, os principais argumentos sustentados pela linha que defende a não recepção das normas federais pela CF/1988 baseiam-se na violação ao princípio federativo, já bem delineado acima, bem como na contrariedade das normas federais com o quanto previsto no artigo 175, da CF, que conferiu aos entes federados a prerrogativa de editar lei que regulamente o regime de concessão para os serviços de que são titulares¹⁸.

Em linha oposta de argumentação, a constitucionalidade das normas em apreço é defendida com base na competência normativa prevista no artigo 22, inciso IV, da CF, que confere à União a competência para legislar sobre “águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”. Além disso, argumenta-se o quanto disposto no artigo 21, inciso XII, alínea “b”, da CF, que prevê que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica.

Com relação à Lei nº 13.116/2015 (Lei Geral das Antenas), a discussão sobre a constitucionalidade da previsão constante em seu artigo 12 foi abafada pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6482, pelo E. Supremo Tribunal Federal (que a seguir será melhor explicitada), que declarou a constitucionalidade do dispositivo da norma federal, que prevê a gratuidade do uso de faixas de

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 45, p. 54-78, 2004.

domínio e outros bens de uso comum do povo por prestadoras de serviço público de telefonia e telecomunicações.

A despeito das discussões que ainda existem sobre a constitucionalidade das previsões legais que determinam a gratuidade das cessões das faixas de domínio para prestadores de serviços públicos, importante se mostra a análise dos casos práticos e as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, de forma mais específica, pelas Cortes Superiores.

4. JURISPRUDÊNCIA: COMO AS CORTES SUPERIORES JULGAM AS DEMANDAS JUDICIAIS QUE ENVOLVEM CESSÃO DE USO DE FAIXAS DE DOMÍNIO

Para engrossar os argumentos de ambos os lados, as decisões judiciais proferidas tanto pelos Tribunais Estaduais como, com maior relevância, pelas Cortes Superiores, demonstram como a celeuma é enfrentada pelo Poder Judiciário ao analisar os casos concretos.

A seguir, traremos, de forma sucinta, as decisões mais emblemáticas das Cortes Superiores que vêm pautando os julgamentos sobre o tema.

4.1 Decisões favoráveis à gratuidade

Um dos julgamentos mais relevantes quanto ao assunto em questão e que é mencionado de forma reiterada nos processos judiciais quando se defende a gratuidade da cessão das faixas de domínio é a decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 581.947-RO¹⁹, sob o regime de repercussão geral, decidindo o Tema nº 261, que assim restou ementado: “É inconstitucional a

¹⁹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública. 2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo. 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tão grande é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. 4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar. 5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.

cobrança de taxa, espécie tributária, pelo uso de espaços públicos dos municípios por concessionárias prestadoras de serviço público de fornecimento de energia elétrica”.

Em referido processo, discutia-se a constitucionalidade da Lei Municipal nº 1.199/2022, do Município de Ji-Paraná, no Estado de Rondônia, que instituiu a cobrança de taxa sobre redes de transmissão e distribuição de energia elétrica.

No Acórdão, proferido em 27 de maio de 2010, o E. STF entendeu pela ilegalidade da cobrança de taxa, espécie tributária, por municípios, pela ocupação de solo e espaço aéreo por poste de transmissão de energia elétrica, sustentando, em suma, invasão de competência tributária da União e cobrança de tributo sobre bem público de uso comum do povo. Assim, a Corte Superior posicionou-se pela impossibilidade de instituição de cobrança pela utilização das faixas de domínio e/ou espaço aéreo - travessia de cabos - contra as empresas concessionárias do serviço de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Para se demonstrar a dimensão do quanto o tema tratado é controvertido e gera discussões praticamente infundáveis no Judiciário, interessante trazer que, em 29 de março de 2021, ou seja, 11 anos após o julgamento do REExt nº 581.947-RO, o E. STF apreciou Embargos de Declaração em que se discutiu se o entendimento fixado, diretamente referente a Municípios, aplica-se às concessionárias que exploram as faixas de domínio.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados, no entanto, restou esclarecido que, no julgamento de anteriores Embargos de Declaração expôs-se que a discussão travada se referia à possibilidade de imposição de taxa apenas por Municípios, acerca da ocupação e do uso do solo e do espaço aéreo por empresa concessionária de serviço público. Ou seja, o entendimento fixado não abarcou a remuneração estabelecida por concessionárias de rodovia que cedem faixas de domínio. O trânsito em julgado ocorreu em 25 de maio de 2021.

Mais recentemente, em 18 de fevereiro de 2021, em outro julgamento bastante emblemático, o E. STF decidiu por negar provimento à ADI nº 6482²⁰, declarando a

²⁰ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 12, CAPUT, DA LEI 13.116/2015. INSTALAÇÃO DE INFRAESTRUTURA E DE REDES DE TELECOMUNICAÇÕES. GRATUIDADE DO DIREITO DE PASSAGEM EM VIAS PÚBLICAS, EM FAIXAS DE DOMÍNIO E EM OUTROS BENS PÚBLICOS DE USO COMUM DO POVO, AINDA QUE ESSES BENS OU INSTALAÇÕES SEJAM EXPLORADOS POR MEIO DE CONCESSÃO OU OUTRA FORMA DE DELEGAÇÃO. CONTEXTO REGULATÓRIO SETORIAL DA NORMA IMPUGNADA. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS ESTADOS VOLTADA À GARANTIA DA PRESTAÇÃO E DA UNIVERSALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. NORMA QUE IMPÕE RESTRIÇÃO ADEQUADA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL EM SENTIDO ESTRITO AO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

constitucionalidade do artigo 12, da Lei Federal nº 13.116/2015, e de dispositivos de seu decreto regulamentador nº 10.480/2020, que estabelece o uso gratuito das faixas de domínio em favor das concessionárias de telefonia e telecomunicações.

A ADI foi proposta pelo Procurador-Geral da República, que suscitou a inconstitucionalidade do artigo 12, da Lei Geral das Antenas, apresentando como argumento central a gratuidade instituída por Lei Federal como violação da competência dos estados e municípios de legislar sobre os bens públicos de sua titularidade.

O E. STF, na Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, firmou o entendimento de que o direito de passagem previsto na Lei nº 13.116/2015 insere-se no âmbito de competência da União para legislar sobre telecomunicações, nos termos do quanto previsto no artigo 22, inciso V, da CF, bem como na competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, prevista no mesmo dispositivo legal, no inciso XXVII.

De acordo com o Informativo 1.006²¹ do E. STF editado sobre o julgamento da ADI nº 6482, mostrava-se premente a uniformização do tema sobre a gratuidade do direito de passagem, sustentando ser necessária a gratuidade a fim de se evitar custos pela utilização das faixas de domínio que seriam repassados aos consumidores finais de telecomunicações, “dificultando o acesso aos serviços, na contramão da política nacional de telecomunicações”. E quanto à violação ao direito de propriedade, o E. STF defendeu que:

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, a lei federal e seu regulamento previram salvaguardas a fim de evitar o aniquilamento do direito real em jogo. Corrobora a proporcionalidade da restrição, o fato de: (i) o direito de passagem dever ser autorizado pelos órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada; (ii) a instituição do direito não abranger os custos necessários à infraestrutura e equipamentos, tampouco afetar obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano ou de restrição de uso significativa; (iii) o art. 12 encontrar-se alinhado ao princípio da segurança jurídica e à proteção do ato jurídico perfeito, considerada a aplicação de seus efeitos apenas aos contratos que decorram de licitações posteriores à data de promulgação da lei.²²

Os dois julgados em questão demonstram o predominante entendimento do E. STF de adotar política nacional de desonerar o direito de passagem para prestação de serviço público federal. Não obstante os Acórdãos fazerem referência, respectivamente por ordem de menção, à gratuidade conferida a concessionárias de energia elétrica e a empresas prestadoras de serviço público de telefonia e telecomunicações, é inegável que as razões postas em ambos os julgamentos, em especial, no julgamento

²¹ Cf.: <https://informativos.trilhante.com.br/informativos/informativo-1006-sf>

²² Informativo STF Lei Geral de Antenas e direito de passagem - ADI 6482/DF

da ADI nº 6482, são aplicadas nos processos em que se discute a possibilidade ou não de cobrança de valores pelo uso de faixas de domínio por prestadores de diversos serviços públicos.

4.2 Decisões favoráveis à onerosidade

Em contrapartida, a Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, buscando uniformizar a jurisprudência relativa à possibilidade de retribuição pelo uso do solo de uma concessionária por outra, sustentou que o artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 autoriza a cobrança do uso de faixas de domínio, mesmo que por outra concessionária de serviços públicos, desde que haja previsão no contrato de concessão.

Com efeito, o E. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 975.097/SP²³, considerado como *leading case* do tema, ocorrido em 09.12.2009, entendeu que o Poder Concedente poderá, na forma do artigo 11, da Lei nº 8.987/1995, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Reforçando a posição permissiva de cobrança de valores pelo uso de faixas de domínio exploradas por concessionárias, em abril/2022, a Segunda Turma do E. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.251.496/SP²⁴, firmou entendimento de que

²³ ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE RODOVIA ESTADUAL – PREQUESTIONAMENTO E APLICABILIDADE APENAS DO ART. 11 DA LEI N. 8.987/95 – INSTALAÇÃO DE DUTOS SUBTERRÂNEOS – EXIGÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO DE CONCESSIONÁRIA DE SANEAMENTO BÁSICO – POSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO – ART. 11 DA LEI N. 8.987/95. 1. O único artigo prequestionado e que se aplica ao caso é o art. 11 da Lei n. 8.987/95. 2. Poderá o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei n. 8.987/95, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas. 3. No edital, conforme o inciso XIV do art. 18 da citada lei, deve constar a minuta do contrato, portanto o art. 11, ao citar “no edital”, não inviabiliza que a possibilidade de aferição de outras receitas figure apenas no contrato, pois este é parte integrante do edital. 4. No presente caso, há a previsão contratual exigida no item VI, 31.1, da Cláusula 31, *in verbis*: “cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público, permitida pela legislação em vigor”. 5. Violado, portanto, o art. 11 da Lei n. 8.987/95 pelo Tribunal de origem ao impor a gratuidade. Recurso especial conhecido em parte e provido.

²⁴ ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE RODOVIA. UTILIZAÇÃO DA FAIXA DE DOMÍNIO CONCEDIDA. COBRANÇA PELO USO. PREVISÃO CONTRATUAL. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 261/STF. *DISTINGUISHING*. PRECEDENTES DA CORTE. I - Na origem, trata-se de ação declaratória em que a concessionária autora pugnava pela cobrança pelo uso da faixa de domínio concedida. O Tribunal *a quo* manteve a sentença de improcedência do pedido. II - Nesta Corte, deu-se provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido, com base na firme jurisprudência do STJ de que é possível tal cobrança, desde que devida prevista em contrato - hipótese dos autos. III - Retorno dos autos ao colegiado, por força de interposição de recurso extraordinário, para eventual juízo de retratação, invocando-se o Tema n. 261/STF IV - A situação dos autos se encaixa na jurisprudência pacífica desta Corte em relação à possibilidade da respectiva cobrança, não se amoldando à hipótese do Tema 261/STF, que cuidou de exploração direta da via pública pelo próprio

o quanto decidido pelo E. STF no julgamento do Tema nº 261, não afetou a jurisprudência do E. STJ quanto à possibilidade de cobrança pelo uso de faixas de domínio administradas por concessionárias de rodovias.

A ação que deu origem ao REsp 1.251.496/SP, interposta por concessionária de rodovia contra concessionária de distribuição de energia elétrica, havia sido julgada improcedente, em 1ª e 2ª instâncias, sob o argumento de não ser possível a cobrança de valores pelo uso de faixa de domínio por prestador de serviço público, por se tratar de bem de uso comum do povo. O E. STJ reformou o Acórdão de 2ª instância, estabelecendo ser possível a cobrança pretendida diante de previsão contratual para auferir receitas alternativas, com base no artigo 11, da Lei nº 8.987/1995. A concessionária de distribuição de energia elétrica interpôs Recurso Extraordinário, que ficou sobrestado aguardando julgamento do Tema nº 261. Após o julgamento do Tema em questão, o E. STF determinou o retorno do processo ao E. STJ para eventual juízo de retratação, tendo o Tribunal afastado o juízo de retratação e firmado o entendimento de que o caso não se amoldava ao Tema nº 261, que trata da exploração da faixa de domínio pelo próprio Poder Público e não por concessionária.

Percebe-se que o E. STJ tende a reconhecer a possibilidade de cobrança por concessionárias de rodovia pelo uso de faixas de domínio, desde que a cobrança seja autorizada pelo Poder Concedente e haja previsão no contrato de concessão permitindo a exploração com vistas a auferir receitas alternativas, buscando a modicidade das tarifas.

5. LIMBO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL EM QUE SE ENCONTRAM AS EMPRESAS ESTATAIS

O uso das faixas de domínio é tema de grande debate no Poder Judiciário, mas, analisando os julgados acima expostos, pode-se concluir haver, de forma predominante, o entendimento de que deverá ser gratuita a cessão de faixas de domínio pertencentes à Administração Pública Direta, ou seja, as faixas de domínio pertencentes ao próprio poder público.

De fato, o julgamento pelo E. STF do Tema nº 261 e da ADI nº 6482 ensejam a conclusão de contrariedade a onerosidade pretendida por estados e municípios quando da cessão de suas faixas de domínio para implantação de infraestrutura para prestação de serviços públicos, como transmissão e distribuição de energia elétrica e de telefonia e telecomunicações.

Poder Público. Precedentes: REsp 1677414/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 01/02/2022; EDcl no AgInt no AREsp 1760845/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/12/2021; AgInt no AREsp 1607050/SP, Rel. MIN. Manoel Erhardt, Desembargador convocado do TRF 5ª Região, Primeira Turma, DJe 20/05/2021. V - Acórdão mantido. Rejeitado o juízo de retratação.

Por outro lado, o E. STJ possui firme entendimento, corroborado recentemente mesmo à luz do julgamento do Tema nº 261 pelo E. STF, de possibilidade de cobrança de valores pelo uso de faixas de domínio exploradas por concessionárias de rodovia, desde que haja permissão do Poder Concedente e previsão contratual de fontes de receita alternativas, nos termos do artigo 11 da Lei 8.987/1995.

Isso porque, sustenta-se que no julgamento do Tema nº 261 não se tratou de rodovia concedida, mas de faixa de domínio pertencente ao próprio poder público.

Nesse contexto, interessante trazer que o Ministro Francisco Falcão, no Acórdão do REsp nº 1.251.496, expôs que no E. STJ existem diversos precedentes nesse sentido e que:

Conforme esses precedentes, **o fato de os entes da federação não poderem cobrar pela utilização de vias públicas**, inclusive solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos destinados à prestação de serviço público **não impede que as concessionárias de rodovia cobrem pelo uso das faixas de domínio**, desde que essa cobrança esteja autorizada pelo poder concedente e expressamente prevista no contrato de concessão²⁵.

Ocorre que entre os entes que cedem a utilização das faixas de domínio não se encontram apenas os entes da Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e as empresas concessionárias, em especial, as exploradoras de rodovias e ferrovias.

Há também empresas estatais, como sociedades de economia mista e empresas públicas, integrantes da Administração Pública Indireta que não se trata do Poder Concedente, tampouco de concessionárias exploradoras de serviços públicos.

Tratando especificamente de empresas públicas e sociedades de economia mista, e adotando os conceitos legais trazidos pela Lei nº 13.303/2016, a empresa pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios” (artigo 3º). Por sua vez, a sociedade de economia mista é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta” (artigo 4º).

O conceito de empresas estatais abrange as empresas nas quais o Estado, direta ou indiretamente, detém a maioria do capital social com direito a voto e o regime jurídico adotado encontra-se num campo de intersecção entre o direito público e o direito privado.

²⁵ STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Para Segunda Turma, decisão do STF não impede concessionária de rodovia de cobrar por uso da faixa de domínio. **STJ**, Brasília, DF, 2022. (Grifo nosso)

Assim, devem observar tanto regras do direito público, como de direito privado, sendo que a prevalência das regras depende se a estatal explora atividade econômica ou presta serviço público²⁶:

Quando se trata do aspecto relativo a **exercício em si da atividade econômica, predominam as normas de direito privado**, o que ajusta bem à condição dessas entidades como instrumentos do Estado-empresário. [...] Ao contrário, incidem as **normas de direito público naqueles aspectos ligados ao controle administrativo resultante de sua vinculação à pessoa federativa**²⁷.

No Estado de São Paulo, e focando especificamente no tema tratado no presente estudo, temos como empresas estatais, prestadoras de serviço público de transporte de passageiros, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) e a Companhia do Metropolitanano de São Paulo (METRÔ), ambas criadas como sociedades de economia mista (atualmente, a CPTM alterou seu Estatuto Social denominando-se como empresa pública estadual) e ambas possuem faixas de domínio ao longo de seus trilhos utilizadas por concessionárias de serviços públicos, como energia elétrica e telefonia/telecomunicações.

É indiscutível que as faixas de domínio administradas pelas empresas estatais são bens públicos de uso comum do povo e, assim sendo, devem ser cedidas a concessionárias para consecução do serviço público por estas prestadoras.

No entanto, o que traz enorme controvérsia, como posto no presente estudo, é se tal uso deve ser gratuito ou oneroso.

Mas, no caso das empresas estatais, essa controvérsia parece ser ainda maior. Isso porque, as empresas estatais aproximam-se mais do próprio poder público e, dessa forma, a cessão deveria ser gratuita tal como julgado no Tema nº 261 e na ADI nº 6482? Ou se assemelham mais com as concessionárias de rodovias e ferrovias e, assim sendo, permitida se mostraria a cobrança, desde que autorizada pelo Poder Concedente e prevista no contrato de concessão, nos termos do reiteradamente decidido pelo E. STJ?

Conforme exposto em tópico anterior, quanto à legislação, há argumentos consistentes a embasar qualquer um dos lados que se queira adotar. E a jurisprudência firmada pelas Cortes Superiores parece não abranger, de forma específica, as empresas estatais, mas tão somente a Administração Pública Direta e as empresas concessionárias de rodovias e ferrovias.

²⁶ ANDRADE, Carolina Calhau de Castro e. Regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 8 out. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52298/regime-juridico-das-empresas-publicas-e-das-sociedades-de-economia-mista>. Acesso em: 25 nov. 2024.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 502-503. (Grifo nosso).

Cabível se mostra entender que às empresas estatais prestadoras de serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário seja conferido o mesmo tratamento das concessionárias de rodovias. Isso porque, embora não sejam concessionárias, mas delegatárias, as estatais ora mencionadas exploram o serviço público em caráter oneroso e observam regulamento estabelecido para o setor em questão.

Para demonstrar como o assunto é controvertido, serão colacionados julgados proferidos pelo E. TJSP, que vem decidindo de forma diversa os casos concretos e lançando mão de argumentos diferentes para sustentar a possibilidade ou não de remuneração das faixas de domínio das mencionadas empresas estatais.

5.1. Decisões favoráveis à gratuidade

Nas decisões que entendem impossível a cobrança de valores pelo uso de faixa de domínio de empresa estatal, como a CPTM, predomina o argumento de que as faixas de domínio são bens públicos de uso comum do povo, aplicando-se o precedente do E. STF, bem como que o interesse público das concessionárias que se utilizam das faixas de domínio deve prevalecer, sob pena de onerar o serviço público prestado e, ao final, onerar os consumidores.

APELAÇÃO. Ação de cobrança Termo de permissão de uso. Área pública. Cobrança efetuada de concessionária de serviço público federal de energia elétrica, referente à utilização e ocupação de faixas de domínio em ferrovia, sob a administração da CPTM, sociedade de economia mista, prestadora de serviço público. Ilegalidade da cobrança. Faixas de domínio público que constituem bem público inserido na categoria dos bens de uso comum do povo, como se colhe do precedente do E. STF - Sentença de improcedência mantida RECURSO DESPROVIDO²⁸.

Concessionárias de serviços públicos Comgás e CPTM. Uso de faixa de solo e subsolo de domínio da CPTM pela Comgás para implementação de equipamentos necessários à prestação do serviço de fornecimento de gás encanado. Cobrança de contraprestação pelo uso. Inadmissibilidade. Serviços prestados que são de interesse público e os valores seriam repassados aos consumidores - Recurso improvido²⁹.

APELAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. ÁREA PÚBLICA. PERMISSÃO DE USO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.

²⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Processo nº 1034667-74.2016.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, Relator: VICENTE DE ABREU AMADEI, Data de Julgamento: 29/08/2017, Data de Publicação: 30/08/2017. São Paulo: Tribunal de Justiça, 2017. (Grifo nosso).

²⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Processo nº 1020247-64.2016.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público, Relator: JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 11/04/2017, Data de Publicação: 19/04/2017. (Grifo nosso).

COBRANÇA DE VALOR PARA UTILIZAÇÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO DE FERROVIA SOB ADMINISTRAÇÃO DA CPTM PARA INSTALAÇÃO DE REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E COLETADE ESGOTOS. DESCABIMENTO PELA ONEROSIDADE. As vias públicas, **bem comum do povo, não podem ser negociadas pela sua utilização, quando a mesma se dirige ao atendimento de um serviço de utilidade pública.** A pessoa jurídica que **administra ferrovia** deve centrar esforços na prestação de seu respectivo serviço, **sem oferecer obstáculos ou onerar a prestação de outro serviço público essencial:** água e esgoto, de interesse coletivo, donde exsurge a **ilegalidade da cobrança ora discutida.** Precedentes deste e de Superior Tribunal. Recurso negado³⁰.

Quanto às concessionárias de telefonia, o principal argumento é a previsão trazida pela Lei nº 13.116/2015, além do clássico argumento de que estas prestam serviço público que deve ser privilegiado, sob pena de se onerar o consumidor final:

APELAÇÃO CÍVEL. CPTM. Empresa de telecomunicação. Termo de Autorização de Uso Oneroso. **Cobrança pela utilização de faixas de domínio para implantação de infraestrutura subterrânea de rede de telecomunicação. Inadmissibilidade da cobrança. Empresa que presta serviço público de telefonia.** Precedentes. Sentença mantida. Recurso não provido³¹.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Retorno dos autos do C. STJ com a determinação de novo julgamento do presente recurso - V. acórdão que negou provimento ao recurso da ré e deu parcial provimento ao apelo da autora, mantendo a r. sentença no que tange ao reconhecimento da impossibilidade de cobrança pelo uso de área pública para fins de passagem de cabos de redes de telecomunicações, corrigindo o erro material para Termo de Permissão e readequando a forma de cálculo da verba honorária. Omissões constatadas. **Impossibilidade de cobrança pelo uso da faixa de domínio - CPTM que não se enquadra na previsão do art. 11 da Lei n.º 8.987/95. Subsunção ao art. 12 da Lei n.º 13.116/15. Observância do entendimento firmado, em repercussão geral, pelo C. STF (Tema261).** Pretensão da embargante de que o ressarcimento fique adstrito aos valores consignados nos comprovantes que constam nos autos. Descabimento. Valores a serem apurados em liquidação. Adstrição ao pedido inicial - Juros demora. Manutenção da r. sentença neste aspecto, com incidência a partir da citação Inteligência do art. 240 do CPC. Prequestionamento -Descabimento. O esclarecimento

³⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Processo nº 0042498-35.2012.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, Relator: DANILO PANIZZA, Data de Julgamento: 20/10/2015, Data de Publicação:24/10/2015. (Grifo nosso).

³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Processo nº 1032180-58.2021.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, Relator: JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO, Data de Julgamento: 22.07.2022, Data de Publicação: 26/07/2022. (Grifo nosso).

sobre a matéria aventada é desnecessário, nos termos do art. 1.025 do CPC - Embargos acolhidos, integrando-se o v. acórdão³².

APELAÇÃO. Termo de permissão de uso. **Discussão acerca da exigência de pagamento de contraprestação pelo uso de faixa de domínio pertencente à CPTM** (cabos de fibra óptica subterrâneos). Redes de cabos de telecomunicações. **A utilização da área em questão (bem público) por concessionária de serviço público na consecução de sua finalidade, não pode ser onerada, dado o interesse público envolvido no atendimento do serviço de telecomunicações.** Inteligência do art. 12 da Lei nº 13.116/15. Precedentes do C. STJ e desta C. Corte. Sentença reformada. RECURSO DA AUTORA PROVIDO. PREJUDICADO O APELO DA CPTM³³.

5.2. Decisões favoráveis à onerosidade

A fim de sustentar a possibilidade de remuneração, o E. TJSP lança mão de argumentos dos mais diversos, visando amoldar o caso concreto à legislação vigente ou aos precedentes das Cortes Superiores. Vejamos alguns exemplos:

5.2.1 Faixa de domínio como bem público com destinação especial

No julgado ora colacionado, em que o METRÔ-SP e a TIM S/A contendiam quanto à possibilidade de oneração do uso da faixa de domínio, o E. TJSP entendeu por classificar a faixa de domínio da empresa estatal como bem público com destinação especial, vez que afetado ao serviço público prestado. Logo, tratando-se de bem público com destinação especial e não de bem público de uso comum do povo, concluiu pela não aplicação do quanto disposto no artigo 12, da Lei nº 13.116/2015, que impede a cobrança pelo direito de passagem apenas quando se trata de vias públicas ou outros bens de uso comum do povo.

APELAÇÃO CÍVEL. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. Contrato de concessão de uso celebrado entre a TIM S.A. e o METRÔ para a utilização dos túneis do sistema metroviário para a instalação de cabos de fibra ótica. **Possibilidade de cobrança de contraprestação. Natureza jurídica de bem público de uso especial. Inaplicabilidade do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 e do quanto decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal - no julgamento do RE 581947 (Tema 261).** Manutenção da

³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos de Declaração. Processo nº 1060045-27.2019.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público, Relatora: SILVIA MEIRELLES, Data de Julgamento: 30/11/2022, Data de Publicação: 01/12/2022. (Grifo nosso).

³³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Processo nº 1043113-27.2020.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, Relator: ANTONIO CELSO FARIA, Data de Julgamento: 29/09/2021, Data de publicação: 08/10/2021. (Grifo nosso).

utilização dos subsolos do METRÔ que depende da celebração de novo instrumento contratual entre as partes - Devolução dos cabos de fibra ótica à TIM S.A. que se insere na esfera de discricionariedade do METRÔ, conforme expressamente previsto no contrato firmado entre as partes Sentença parcialmente reformada Recurso interposto pelo réu provido. Recurso interposto pela autora improvido³⁴.

Nesse caso, o E. TJSP concluiu que os túneis do METRÔ-SP, afetados à prestação do serviço público de transporte subterrâneo, são bens públicos com destinação especial, vez que não são utilizados de forma geral e indistinta pela coletividade, não sendo livre a circulação de pessoas no local.

Asseverou o V. Acórdão em questão que “os túneis do METRÔ se assemelham, portanto, mais à situação de um aeroporto do que a de uma faixa de domínio de rodovia/ferrovia [...]”, afastando a aplicação da gratuidade prevista da Lei Geral das Antenas que se direciona aos bens públicos de uso comum do povo.

Inclusive, houve conclusão de que a previsão trazida pelo artigo 9º³⁵, do Decreto nº 10.480/2020, que regulamentou a Lei nº 13.116/2015, e incluiu as obras de implantação ou ampliação de sistemas de transporte público sobre trilhos ou subterrâneos (previstas no artigo 3º³⁶) no rol de bens em relação aos quais é garantida a

³⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Processo nº 1036450-62.2020.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Relatora: MARIA LÚCIA TAVARES. Julgamento: 07.06.2021. Data de publicação: 15/06/2021. (Grifo nosso).

³⁵ Art. 9º Não será devida contraprestação em razão do direito de passagem para a instalação de infraestrutura de redes de telecomunicações em faixas de domínio, em vias públicas e em outros bens públicos de uso comum do povo, incluídas as obras de que trata o art. 3º que estiverem concluídas, ainda que os referidos bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação. BRASIL. **Decreto nº 10.480, de 01º de setembro de 2020.** Dispõe sobre medidas para estimular o desenvolvimento da infraestrutura de redes de telecomunicações e regulamenta a Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

³⁶ Art. 3º Para fins do disposto no art. 16 da Lei nº 13.116, de 2015, consideram-se obras de infraestrutura de interesse público:

I - a implantação, a ampliação e a adequação da capacidade de rodovias federais, estaduais e distritais e de vias municipais; e

II - a **implantação ou a ampliação**:

a) da capacidade de ferrovias;

b) **de sistemas de transporte público sobre trilhos ou subterrâneos**;

c) de linhas de transmissão de energia elétrica;

d) de gasodutos, de oleodutos ou de outros dutos para a movimentação de hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis; e

e) de redes de esgotamento sanitário e de drenagem urbana. BRASIL. **Decreto nº 10.480, de 01º de setembro de 2020.** Dispõe sobre medidas para estimular o desenvolvimento da infraestrutura de redes de telecomunicações e regulamenta a Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. (Grifo nosso).

gratuidade do direito de passagem para instalação de infraestrutura de concessionárias de telecomunicações, extrapolou sua função regulamentar.

Tal entendimento, no sentido de que os túneis do METRÔ-SP estão afetados ao serviço público prestado e não são utilizados de forma geral e indistinta pela coletividade, não sendo livre a circulação de pessoas no local, poderia ser aplicado às faixas de domínio das ferrovias, vez que, indubitavelmente, encontram-se vinculadas à prestação do serviço público de transporte ferroviário, bem como o acesso ao local, principalmente, pela segurança, não somente não é livre, como é, na verdade, proibido, de acordo com as disposições do Decreto nº 1.832/1996³⁷. No entanto, o entendimento não é prevalente.

5.2.2 Lei de criação de empresa estatal prevê possibilidade de cobrança

Em processo em que a CPTM contende com Eletropaulo Metropolitana Electricidade de São Paulo/SP o E. TJSP concluiu que a possibilidade de cobrança pelo uso de faixa de domínio da Ferrovia, inclusive, por outras concessionárias de serviço público se firma na previsão trazida na própria lei de criação da CPTM.

Assim, o V. Acórdão ora analisado entendeu que as normas internas e a lei que autorizou a criação da CPTM (Lei Estadual nº 7.861/1992, artigo 4º, inciso V) embasavam a legalidade da cobrança de valores pelo uso da faixa de domínio, tal como ocorre com os contratos de concessão das concessionárias de rodovias e nos termos do que prevê o artigo 11, da Lei nº 8.987/1995.

AÇÃO ORDINÁRIA. Utilização de faixa de domínio de ferrovia por parte da Eletropaulo, voltando-se a autora não só contra o valor cobrado para exame do projeto e o valor da contraprestação mensal, mas também em face da imposição de assinatura de termo de permissão de uso, que contempla assunção de uma série de obrigações. Sentença que se revelou ambígua na identificação dos limites objetivos da lide. Aplicação da regra do art. 1.013, §3º, II, do CPC. Bate-se a autora contra a exigência de que a autorização do uso da faixa de domínio seja pessoal, e ainda, contra a imposição dos ônus decorrentes da eventual hipótese de mudança das instalações da rede, independentemente do fato de ter dado causa a ela. Insurge-se, ademais, contra a vedação da reversibilidade e da transferência dos bens aplicados na concessão, tanto quanto contra a previsão do que chama de “responsabilidade objetiva”, argumentando, por fim, com violação da boa-fé objetiva por parte do Governo do Estado, do qual a CPTM é subsidiária. **Cobrança que se justifica, considerada a regra do art. 11**

³⁷ O Decreto nº 1.832/1996 aprovou o Regulamento dos Transportes Ferroviários, inclusive disciplinando as relações entre as Administrações Ferroviárias e os seus usuários e a segurança nos serviços ferroviários. BRASIL. **Decreto nº 1.832, de 04 de março de 1996**. Aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários. Brasília, DF: Presidência da República, 1996.

da LF 8.987/95 e do art. 4º, V, da LE nº 7.861/92. Inexiste ilegalidade na obrigação, imposta no TPU, de regularização das áreas que a Eletropaulo pretenda ocupar, pois necessária a conciliação das atividades concernentes ao fornecimento de energia elétrica com aquelas relativas ao transporte público ferroviário. Muito menos se vê incompatibilidade na possibilidade de retomada do espaço concedido, pois não se está tratando propriamente de servidão. Ausente previsão, no noticiado TPU, de reversão dos bens utilizados pela Eletropaulo em favor da CPTM, revelando-se inaplicável, por consequência, a regra do art. 35 da LF nº 8.987/1995. Inexistência de burla ao princípio da boa-fé objetiva, haja vista que **a CPTM não se confunde com o Governo do Estado de São Paulo**, que interveio, com sua anuência, no contrato celebrado entre a Eletropaulo e a União. Recurso da requerida provido e recurso da autora improvido.

[...]

Mas a **possibilidade de cobrança pelo uso da faixa de domínio, inclusive por parte de outras concessionárias de serviço público** (STJ, Primeira Seção, REsp nº 975.097/SP, Rel. Humberto Martins, j. 09.12.2009, D.05.2.010), **não se encontra configurada apenas na hipótese de concessão decorrente de contrato, aplicando-se, por igual ou maior razão, às situações em que o próprio ente estatal, criado por lei, vê-se por ela autorizado a realizar a cobrança, como ocorre no caso, em decorrência da norma do artigo 4º, inciso V, da Lei Estadual nº 7.861/92**, que contempla a cobrança pela utilização de áreas e espaços, de sorte que todas as normas infralegais, editadas pela CPTM, no legítimo exercício de sua competência, são válidas, retirando sua força, nos limites do encadeamento concebido pelo positivismo metodológico, em última instância, da Constituição Federal (art. 175).

[...]

E, no caso sob exame como já se disse parágrafos acima, **embora inexista contrato de concessão, haja vista que a CPTM exerce em nome próprio o serviço público de transporte ferroviário atuando a Administração Pública, assim, de maneira descentralizada, certo é que a possibilidade da sobredita cobrança decorre da norma do artigo 4º, inciso V, da Lei Estadual nº 7.861/92.**

Não se desconhece posição em sentido contrário, daquela mesma Colenda Corte (REsp 1.790.875/SP, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 21/03/2019). Entretanto, mais representativa, do ponto de vista institucional, a orientação da Seção, em relação ao entendimento da Turma. Mais que isto, há entendimento da mesma 2ª Turma, mais recente, a prestigiar a posição ora adotada por esta Egrégia Câmara. A 1ª Turma também vem acompanhando esta orientação (AgInt no AREsp 1427126 / SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves. j. 24/08/2020, DJe27/08/2020; AgInt no REsp 1848363 / SP,

Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16/03/2020, SJ 23/03/2020; AgInt no AREsp 1444719 / SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 01/10/2019, Dje 04/10/2019)³⁸.

5.2.3 Cessão da faixa de domínio ocorrida em data anterior à promulgação da Lei nº 13.116/2015 e intuito lucrativo da concessionária de telefonia

Nesse caso em que a CPTM demanda contra a Telefônica S/A o entendimento sustentado pelo E. TJSP para autorizar a remuneração pelo uso da faixa de domínio baseou-se, de forma central, na formalização da cessão em data anterior à promulgação da Lei nº 13.116/2015 e nos fins lucrativos almejados pela concessionária de telefonia.

FAIXA DE DOMÍNIO - Telecomunicação. Uso e ocupação por empresa de telefonia para implantação de infraestrutura. **Remuneração devida à concessionária da ferrovia, em razão da utilização da faixa de domínio por parte da prestadora de serviço público, em razão da existência de previsão legal.** Cobrança devida. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

[...]

Como se vê, a desoneração pretendida pela empresa apelada não encontra amparo na mencionada Lei nº 13.116/2015, porquanto **o contrato de permissão de uso de faixa de domínio da ferrovia foi firmado em data anterior à sua promulgação.**

Ademais, a continuidade no recebimento de contraprestações pela permissão de uso e ocupação de faixa de domínio **não encontra óbice na Lei nº 7.861/1992**, nem tampouco exige prévio procedimento licitatório, pois, como já afirmado, trata-se de mera autorização/permissão de uso de bem público cuja ocupação ainda que em regra, à luz do artigo 103, do Código Civil, deva ser gratuita envolve a implantação de infraestrutura de telefonia com intuito lucrativo, justificando-se a cobrança³⁹.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A CPTM

A discussão sobre a possibilidade de remuneração pelo uso das faixas de domínio não é tema novo, mas, especialmente pelos julgados colacionados no presente estudo, percebe-se que rende ainda muita controvérsia nos casos concretos.

³⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Processo nº 0012719-98.2013.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito de Público, Relator: LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA. Julgamento: 25/10/2021. Data de Publicação: 04/11/2021. (Grifo nosso).

³⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Processo nº 1012466-54.2017.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Relator designado: JARBAS GOMES. Julgamento: 24/04/2018. Data de publicação: 19/06/2018. (Grifo nosso).

De um lado, entes da Administração Pública Direta, concessionárias de serviços públicos (rodovias, ferrovias), empresas estatais, todos detentores de faixas de domínio. De outro lado, as concessionárias de serviços públicos de transmissão e distribuição de energia elétrica, de telefonia/telecomunicações, de distribuição de gás canalizado, de saneamento básico, de distribuição de combustíveis, entre outros, que necessitam utilizar as faixas de domínio para instalação de seus equipamentos visando à devida prestação do serviço público que lhe foi outorgado.

Embora não haja discordância sobre a necessidade da cessão das faixas de domínio, há discordância sobre se essa cessão deve ser onerosa ou gratuita, o que, fatidicamente, resulta na judicialização da questão controversa.

É certo que, o interesse público que embasa a pretensão da utilização gratuita das faixas de domínio pelas concessionárias de transmissão e distribuição de energia elétrica e de telefonia e telecomunicações é o mesmo interesse público que fundamenta a defesa daqueles que têm que suportar as travessias, pretendendo a cobrança de valores como contraprestação pela cessão do bem público.

Essa disputa se repete em diversos processos judiciais ajuizados por ambos os lados.

Percebe-se que o E. STF tende a desonerar o direito de passagem, defendendo que o ente público não pode cobrar pelo uso de seus bens impondo ônus demasiadamente excessivo à prestação dos serviços públicos. Tal entendimento, como exposto no presente estudo, refere-se ao uso das faixas de domínio de entes pertencentes à Administração Pública Direta. Mas, também, é replicado em processos que envolvem entes da Administração Pública Indireta.

Ou seja, diante do entendimento que tem prevalecido no E. STF, o Poder Público deve suportar de forma gratuita a utilização de suas faixas de domínio por concessionárias prestadoras de serviços públicos.

Ocorre que, o alegado direito à gratuidade defendido pelas concessionárias de energia elétrica e de telefonia/telecomunicações, no entendimento do E. STJ, não pode configurar superioridade absoluta dessas concessionárias sobre as concessionárias de rodovias, desonerando-as de efetuar o pagamento pelo uso das faixas de domínio exploradas pela concessão.

Assim, às concessionárias de rodovias tem sido permitido, pelo E. STJ, a instituição de remuneração pelo uso das faixas de domínio, desde que autorizado pelo Poder Concedente e previsto no contrato de concessão, para fins de buscar favorecer a modicidade das tarifas praticadas.

No entanto, para as empresas estatais, como se verifica pelos divergentes julgados trazidos neste estudo, percebe-se que se trata de tema sem definição, podendo-se concluir que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos e administradoras de faixas de domínio encontram-se em um limbo doutrinário e jurisprudencial.

Como exposto, as empresas estatais possuem natureza jurídica de direito privado, e observam um regime híbrido constituído por meio de normas de direito público e de direito privado, que prevalecem de acordo com a atividade desempenhada pela estatal, que podem ser exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público.

As empresas estatais não são o Poder Público, tampouco empresas concessionárias, mas sua criação é autorizada por lei e, no caso específico das empresas mencionadas no presente estudo (CPTM e METRÔ), foram instituídas para prestação de serviço público de transporte de passageiros, consoante dispõe o art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

Na maioria dos julgados, são equiparadas, de forma equivocada, ao Poder Público e, dessa forma, condenadas a suportar o uso das faixas de domínio de forma gratuita. No entanto, diante do entendimento firmado pelo E. STJ, alguns julgamentos têm aproximado as empresas estatais das concessionárias de rodovias e ferrovias, defendendo a cobrança de remuneração.

Mais acertado se mostra o entendimento que permite a remuneração pelo uso das faixas de domínio das empresas estatais, aproximando-as das concessionárias (ressalte-se que tal entendimento ainda não é acolhido pelo Poder Judiciário). Isso porque, o uso do bem público, mesmo classificado como de uso comum do povo, ainda que seja para atendimento de uma finalidade pública, não pode retirar da detentora da faixa de domínio o direito de auferir receitas alternativas, que reverterão, também, em benefício da coletividade.

Inclusive, as receitas alternativas e complementares se prestam a fazer frente aos gastos da prestação do serviço público e a promover a modicidade das tarifas repassadas aos usuários do serviço público prestado.

No caso da CPTM, é importante destacar que parte de sua receita advém das tarifas pagas pelos passageiros que se utilizam do sistema de transporte ferroviário. Todavia, a receita proveniente de suas bilheterias não é suficiente para fazer frente a todos os encargos exigidos para manter o sistema operante, dependendo, também, das receitas alternativas que provêm da utilização de seus imóveis, mediante pagamento de contraprestação.

A CPTM foi criada pela Lei Estadual nº 7.861/1992 para, especialmente, assumir os sistemas de trens urbanos da região metropolitana de São Paulo, operadas pela FERROVIA PAULISTA S/A (FEPASA) e pela COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – (CBTU), conforme dispõe o art. 12⁴⁰ da referida lei.

⁴⁰ Artigo 12 - A CPTM deverá assumir os sistemas de trens urbanos da Região Metropolitana de São Paulo, operados pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU e pela Ferrovia Paulista S/A - FEPASA, de forma a assegurar a continuidade e a melhoria dos serviços, para isso podendo efetuar os necessários acordos operacionais. SÃO PAULO. **Lei nº 7.861/1992, de 28 de maio de 1992.** Autoriza o Poder Executivo e constituir a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM, e dá outras providências. São Paulo, SP: Governador do Estado de São Paulo, 1992.

Vale ressaltar que o serviço de transporte em comento é obrigação do Estado, que se reveste de característica de amplo interesse público, em que sua própria tarifa não supre as necessidades operacionais ou de manutenção da frota, que, dada a demanda, deve estar sempre à disposição dos passageiros, sob pena de impor prejuízos incalculáveis à população que se utiliza do transporte ferroviário.

Nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2020), a CPTM se enquadra como EMPRESA DEPENDENTE, vale dizer, que depende do Erário Público Estadual para suportar seu custeio.

Dessa forma, as receitas alternativas são aplicadas para favorecer a modicidade das tarifas repassadas aos passageiros do serviço, vez que não possui qualquer fim lucrativo, sendo deficitária em sua arrecadação. Tanto isso é verdade que é subsidiada pelo Governo do Estado de São Paulo, dependendo das receitas alternativas para incrementar sua receita.

Nesse contexto, interessante trazer que, embora a CPTM não tenha firmado contrato de concessão com o Poder Público, mas trate-se, como já explicitado, de empresa estatal delegatária de serviço público de transporte ferroviário de passageiros, em sua lei de criação (Lei Estadual nº 7.861/1992), o inciso IV do artigo 4º prevê que a CPTM tem por objeto “prestação a terceiros de serviços de transporte de cargas, ou de passageiros, de passagem pelo território por ela servido”. Por sua vez, o inciso V dispõe também ser objeto “comercialização de marca, patente, nome e insígnia; comercialização de áreas e espaços para propaganda; prestação de serviços complementares de suporte ao usuário, por si ou por meio de terceiros, com ou sem cessão de uso predial”.

Ainda, há a norma interna NS.DP/004⁴¹ que tem por finalidade estabelecer critérios para utilização do território da CPTM por terceiros, para fins diversos tais como: travessias subterrâneas e aéreas, canteiro de obras, viadutos, passarelas, passagens em nível e instalações a margem da via, com previsão expressa de estipulação de cobrança de contraprestações para a cessão das áreas.

Dessa forma, a lei de criação da CPTM contempla a possibilidade de cobrança pela utilização de áreas e espaços, entre estes as faixas de domínio, podendo-se defender que as disposições legais trazidas, por exemplo, pelo Código de Águas e pelos Decretos nº 84.398/1980 e 86.859/1982 não podem se sobrepor às normas da própria

Parágrafo único - Para o cumprimento do disposto neste artigo, a CPTM poderá celebrar contratos de prestação de serviços, gerenciamento de bens, ou quaisquer serviços de transporte de passageiros sobre trilhos ou guiados, de outras empresas ligadas ao sistema de transporte de passageiros na Região Metropolitana de São Paulo.

⁴¹ Norma de Serviço. Nº NS.DP/004. Título: Utilização do Território por Terceiros. Vigência: 17/08/2012. Finalidade: Estabelecer critérios para utilização do território da CPTM por terceiros, para fins diversos tais como: travessias subterrâneas e aérea, canteiro de obras, viadutos, passarelas, passagens em nível e instalações à margem da via. Excetua-se desta norma a utilização do território para fins comerciais. Emitida pelo Gerente do Território e Meio Ambiente. Aprovada pelo Diretor de Planejamento e Projetos.

empresa estatal que permitem a cobrança de valores pelo uso de sua propriedade, vez que os próprios dispositivos legais que tratam da gratuidade determinam observância aos regulamentos.

Portanto, conclusão que pode se alcançar é que, havendo previsão na lei de criação da empresa estatal prestadora de serviço público permitindo exploração remunerada de seus bens, com clara autorização do Poder Público, o entendimento prevalente, atualmente, aplicado às concessionárias de rodovias deve nortear os julgamentos que envolvam discussões sobre a possibilidade de se onerar a cessão das faixas de domínio que estão sob a responsabilidade das empresas estatais.

Tal conclusão não é realidade no Poder Judiciário, mas representa possibilidade de se defender a onerosidade da cessão das faixas de domínio administradas pelas empresas estatais, tornando ainda infinda a discussão ora tratada no presente estudo.

7. CONCLUSÃO

(i) Como delineado no presente estudo a discussão sobre a possibilidade de onerar a utilização das faixas de domínio por concessionárias prestadoras de serviços públicos é matéria controvertida, havendo argumentos consistentes a embasar tanto a gratuidade quanto a onerosidade;

(ii) Para os entes integrantes da Administração Pública Direta, a jurisprudência dominante entende que o uso das faixas de domínio deve ser cedido a título gratuito às concessionárias de serviços públicos;

(iii) Para as concessionárias que exploram serviço público de rodovias, com base no quanto dispõe o artigo 11, da Lei nº 8.789/1995 e a atual jurisprudência firme do E. STJ, permite-se que o uso das faixas de domínio administradas por tais concessionárias seja oneroso, desde que haja expressa permissão do Poder Concedente, mediante previsão no contrato de concessão para obtenção de receitas alternativas;

(iv) Embora perceba-se a predominância dos entendimentos acima postos em relação à Administração Pública Direta e às concessionárias de rodovias, em relação às empresas estatais, delegatárias de serviços públicos, como por exemplo, empresas públicas e sociedade de economia mista, cujas criações foram autorizadas por lei para fins de prestação de serviços públicos, não há entendimento que se amolde especificamente, permitindo ou proibindo a onerosidade da cessão das faixas de domínio;

(v) A análise da legislação aplicável, em especial, dos Decretos nº 24.643/1934, nº 84.398/1980 e nº 86.859/1982 e da Lei nº 13.116/2015, conduz à conclusão de que o uso das faixas de domínio sob administração das empresas estatais deve ser gratuito;

(vi) O artigo 11, da Lei nº 8.987/1995, que autoriza a obtenção de receitas alternativas para favorecer a modicidade de suas tarifas, utilizado para embasar a onerosidade da cessão de faixas de domínio exploradas pelas concessionárias, em especial, de rodovias, não se aplica às empresas estatais delegatárias, visto que não se trata de concessionárias, o que também conduziria ao entendimento de que a cessão deve ser gratuita;

(vii) A jurisprudência dominante, não obstante a prolação de julgamentos divergentes e de forma pontual como expostos neste estudo, conclui pela ilegalidade da cobrança de remuneração por empresas estatais pela cessão das faixas de domínio a concessionárias de serviços públicos em geral;

(viii) Assim, considerando a jurisprudência que tem prevalecido, tanto nas Cortes Superiores quanto no E. TJSP, seria impossível a oneração do uso das faixas de domínio administradas por empresas estatais, como por exemplo, aquelas que margeiam o leito férreo da CPTM;

(ix) No entanto, considerando o recente entendimento firmado pela Segunda Turma do E. STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.251.496/SP, que concluiu que o quanto decidido pelo E. STF do julgamento do Tema nº 261 não afetou a jurisprudência do E. STJ quanto à possibilidade de cobrança pelo uso de faixas de domínio administradas por concessionárias de rodovias, existe a possibilidade de se buscar alterar ou atualizar a jurisprudência que tem prevalecido em relação às empresas estatais no sentido de ilegalidade da remuneração para que se aplique o entendimento permissivo de onerosidade conferido às concessionárias de rodovias;

(x) Isso porque, considerando que o E. STJ baseia-se em haver expressa permissão do Poder Concedente, mediante previsão no contrato de concessão para obtenção de receitas alternativas, aplicando tal entendimento especificamente à CPTM, empresa pública prestadora de serviço público de transporte ferroviário de passageiros, verifica-se que, além de gozar de natureza jurídica de direito privado, possui permissão expressa na lei que autoriza sua criação e em norma interna para onerar a cessão das faixas de domínio que margeiam o leito férreo;

(xi) Portanto, embora a legislação e a jurisprudência predominantemente proferida em processos que envolvem empresas estatais conduzam ao entendimento da impossibilidade de estabelecer remuneração pelo uso das faixas de domínio, cabível e válida se mostra a tentativa de demonstrar, em especial perante os Tribunais Superiores (tarefa bastante árdua), que o entendimento firmado para as concessionárias de rodovias amolda-se perfeitamente às empresas estatais permitindo a onerosidade da cessão das faixas de domínio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Carolina Calhau de Castro e. Regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF: 8 out. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52298/regime-juridico-das-empresas-publicas-e-das-sociedades-de-economia-mista>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Rio de Janeiro: Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980.** Dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D84398.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982.** Altera o Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de vias de transporte e de terrenos de domínio público e a travessia de vias de transporte, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica. Brasília, DF: Presidência da República, 1982. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d86859.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2086.859%2C%20DE%2019,e%20distribui%C3%A7%C3%A3o%20de%20energia%20el%C3%A9trica. Acesso em: 25 dez. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 1.832, de 04 de março de 1996.** Aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1832.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015.** Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 05 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13116.htm. Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 10.480, de 01º de setembro de 2020**. Dispõe sobre medidas para estimular o desenvolvimento da infraestrutura de redes de telecomunicações e regulamenta a Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10480.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 581.947-RO**. Relator: EROS GRAU. Data de julgamento: 27/05/2010. Data de publicação: 27/08/2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2605054>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6482**. Relator: GILMAR MENDES. Data de julgamento: 18/02/2021. Data de publicação: 21/05/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5953989>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial nº 975.097/SP**. Relator: HUMBERTO MARTINS. Data de julgamento: 09/12/2009. Data de publicação: 14/05/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701844904&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 1.251.496/SP**. Relator: FRANCISCO FALCÃO. Data de julgamento: 19/04/2022. Data de publicação: 22/04/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800361091&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 nov. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 45, p. 54-78, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SÃO PAULO. **Lei nº 7.861/1992, de 28 de maio de 1992**. Autoriza o Poder Executivo e constituir a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM, e dá outras providências. São Paulo, SP: Governador do Estado de São Paulo, 1992. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7861-28.05.1992.html>. Acesso em: 25 nov. 2023.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Parecer PA nº 200/2007**. Bem público. Uso privativo. Ferrovias. Travessias subterrâneas de equipamentos necessários à prestação de serviços públicos. Cobrança. Possibilidade. Não-aplicação do artigo 2º do Decreto

n. 84.398, de 16 de janeiro de 1980, que dispõe sobre a ocupação de bens públicos para prestação de serviços públicos de energia elétrica. Violação ao princípio federativo. Entendimento escorado em sólidos pareceres doutrinários. Inexistência de posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Possibilidade de submissão da matéria àquele tribunal por meio de controle difuso de constitucionalidade. Invocação dos precedentes Pareceres PA-3 nº 163/2001 e 165/2001. São Paulo: 27 de agosto de 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. **Processo nº 1034667-74.2016.8.26.0053**, 1ª Câmara de Direito Público, Relator: VICENTE DE ABREU AMADEI, Data de Julgamento: 29/08/2017, Data de Publicação: 30/08/2017. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 25 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. **Processo nº 1020247-64.2016.8.26.0053**, 3ª Câmara de Direito Público, Relator: JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 11/04/2017, Data de Publicação: 19/04/2017. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 26 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. **Processo nº 0042498-35.2012.8.26.0053**, 1ª Câmara de Direito Público, Relator: DANILO PANIZZA, Data de Julgamento: 20/10/2015, Data de Publicação: 24/10/2015. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 26 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. **Processo nº 1032180-58.2021.8.26.0053**, 10ª Câmara de Direito Público, Relator: JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO, Data de Julgamento: 22.07.2022, Data de Publicação: 26/07/2022. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 25 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Embargos de Declaração. Processo nº 1060045-27.2019.8.26.0053**, 6ª Câmara de Direito Público, Relatora: SILVIA MEIRELLES, Data de Julgamento: 30/11/2022, Data de Publicação: 01/12/2022. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 14 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação. Processo nº 1043113-27.2020.8.26.0053**, 8ª Câmara de Direito Público, Relator: ANTONIO CELSO FARIA, Data de Julgamento: 29/09/2021, Data de publicação: 08/10/2021. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 14 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação. Processo nº 1036450-62.2020.8.26.0053**, 5ª Câmara de Direito Público, Relatora: MARIA LÚCIA TAVARES. Julgamento: 07.06.2021. Data de publicação: 15/06/2021. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 13 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação. Processo nº 0012719-98.2013.8.26.0053**, 7ª Câmara de Direito de Público, Relator: LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA. Julgamento: 25/10/2021. Data de Publicação: 04/11/2021. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 20 nov. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação. Processo nº 1012466-54.2017.8.26.0053**, 11ª Câmara de Direito Público, Relator designado: JARBAS GOMES. Julgamento: 24/04/2018. Data de publicação: 19/06/2018. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 22 nov. 2023.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. Utilização de bens públicos e remuneração pelo uso do solo e espaço aéreo em fac. e de concessionárias de serviço público: nuances jurídicas. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 20, n. 47, p. 211-231, 2019.

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Para Segunda Turma, decisão do STF não impede concessionária de rodovia de cobrar por uso da faixa de domínio**. STJ, Brasília, DF, 2022. Notícias. Cf.: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/28062022-Para-Segunda-Turma--decisao-do-STF-nao-impede-concessionaria-de-rodovia-de-cobrar-por-uso-da-faixa-de-dominio.aspx>. Acesso em: 25 nov. 2023.

A COBRANÇA PELO USO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO DE RODOVIAS CONCEDIDAS EM FACE DE PRESTADORAS DE OUTROS SERVIÇOS PÚBLICOS

Charging for the use of the right-of-way in granted highways to public service companies

Glenderson Blaser Petarli¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Conceito, finalidades e possíveis utilizações das faixas de domínio; 3. A cobrança pelo uso das faixas de domínio; 4. As concessões de serviço público e as fontes de receitas alternativas, acessórias e de projetos associados; 5. A cobrança pelo uso das faixas de domínio de rodovias concedidas em face de prestadoras de outros serviços públicos; 5.1 As previsões de gratuidade na legislação federal; 5.2 A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este artigo objetiva investigar se há fundamentos jurídicos capazes de amparar a exigência de remuneração pelo uso de faixas de domínio de rodovias concedidas, nas situações em que o uso se reverte em favor de prestadoras de outros serviços públicos, como de energia elétrica, telecomunicações e saneamento. Para tanto, são expostos os principais conceitos envolvendo as faixas de domínio de rodovias, bem como o panorama normativo a respeito da cobrança pelo uso de bens públicos. Também são abordadas questões relacionadas à competência de cada ente federativo para estabelecer a disciplina jurídica sobre seus bens e serviços públicos, além das complexidades envolvidas quando as rodovias se encontram submetidas a regime de concessão. Mediante a realização de pesquisa bibliográfica sobre o tema, foi possível concluir pela solidez do entendimento de que a decisão quanto à gratuidade ou onerosidade pelo uso das faixas de domínio de rodovias concedidas compete ao ente titular da malha rodoviária, que poderá exigir o preço ainda que o uso se reverte em benefício de prestadoras de outros serviços públicos. Em que pese essa conclusão, a tendência da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de considerar, ao menos relativamente aos setores de telecomunicações e de energia elétrica, que a decisão acerca da gratuidade ou da onerosidade se insere no âmbito da competência constitucional da União para disciplinar tais serviços.

Palavras-Chave: Remuneração. Uso de faixas de domínio. Prestadoras de serviços públicos. Rodovias concedidas.

ABSTRACT

This article aims to investigate if there are legal grounds to support the collection of compensation for the use of the right-of-way of granted highways in the cases in which the use by other public service companies, as electricity, telecommunications and sanitation companies. Therefore, the article will set out the main concepts involving the right-of-way for highways, as well as the legal background on charging for the use of public property. Moreover, issues related to the competence of each federative entity to establish legal rules applicable to their properties and public services and the complexity involved when the highways are submitted to concession regime will be discussed. By bibliographic research about the theme, it was possible to conclude in favor of the correctness of the understanding that the decision about the gratuity

¹ Procurador do Estado de São Paulo, classificado na Consultoria Jurídica da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria- Geral do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

or onerosness of the use of the right-of-way of granted highways is attributed to the entity that owns the road network, which can collect payments even if the use is attributed in benefit of other public service companies. In spite of this conclusion, the tendency of recent precedents of the Brazilian Supreme Court is to consider, at least in relation to the telecommunications and electricity sectors, that the decision as to the gratuity or onerosness of the use is comprised by federal competence to set forth rules for such services.

Keywords: Payment of compensation. Use of the right-of-way. Public service companies. Granted highways.

1. INTRODUÇÃO

A remuneração pelo uso das faixas de domínio de rodovias delegadas à iniciativa privada constitui uma importante fonte de receita para a composição da equação econômico-financeira da concessão, contribuindo diretamente para a modicidade das tarifas de pedágio e para o aprimoramento da infraestrutura rodoviária, da qual o País é ainda consideravelmente dependente. Se a cobrança em face de particulares parece não envolver maiores complexidades, o mesmo não se pode dizer quando o uso das faixas de domínio ocorre em benefício de delegatárias de outros serviços públicos, como de energia elétrica, telecomunicações e saneamento, sobretudo em caso de rodovias sob o domínio de ente federativo diverso.

Nesse contexto, é frequente a existência de disposições normativas e contratuais em sentidos diametralmente opostos, ora assegurando a onerosidade em favor das concessionárias de rodovias, ora isentando do pagamento as prestadoras de outros serviços públicos. O cenário é de grave insegurança jurídica e seu equacionamento provoca há anos a proliferação de ações judiciais, com altos custos para as partes implicadas. A relevância da discussão assenta-se, portanto, não apenas no aspecto estritamente jurídico, isto é, relacionado à correta delimitação do âmbito de competência e autonomia de cada ente federativo para a disciplina dos seus bens e serviços, mas também nos importantes impactos econômicos e financeiros que a cobrança ou a gratuidade podem provocar nos serviços envolvidos.

O objetivo deste estudo é, assim, investigar se há fundamentos de ordem constitucional e legal que amparam a cobrança, por concessionárias de rodovias, pela ocupação das faixas de domínio para a implantação da infraestrutura necessária à prestação de outros serviços de interesse coletivo, à luz da doutrina e das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

2. CONCEITO, FINALIDADES E POSSÍVEIS UTILIZAÇÕES DAS FAIXAS DE DOMÍNIO

A despeito da falta de uniformidade na doutrina brasileira sobre a abrangência do conceito de bens públicos², é possível afirmar que o Código Civil incluiu nessa

² É comum observar administrativistas de envergadura incluírem nesta categoria aqueles bens que, embora não pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, estejam afetados à prestação de serviços

categoria aqueles bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, isto é, União, estados, Distrito Federal e municípios, bem como suas autarquias e fundações autárquicas, exegese que se extrai da leitura combinada dos arts. 98 e 41. O conceito legal prestigiou, desse modo, o critério segundo o qual um bem é tido como público a partir da identificação da sua titularidade.

O art. 99 do Código Civil (CC) apresenta a classificação mais corrente dos bens públicos, cujo critério é a sua destinação principal. Nesse sentido, a partir da exemplificação, o dispositivo considera como bens de uso comum do povo aqueles destinados ao uso livre e geral da população, como os rios, mares, estradas, ruas e praças. Já os bens de uso especial são aqueles destinados ao desempenho das atividades da Administração Pública, como prédios voltados à prestação de serviços públicos³. Por fim, os bens dominicais são os não afetados a uma finalidade pública específica, a exemplo das terras devolutas. Como é possível antever, as rodovias incluem-se na categoria dos bens de uso comum do povo, em vista da sua destinação principal direcionada à utilização pela população de modo geral, impessoal e indistinto, para o fluxo dos veículos⁴.

As faixas de domínio das rodovias, de acordo com o Glossário de Termos Técnicos do DNIT, são a base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras de arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa do recuo⁵. Por sua vez, o Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) prevê que faixa de domínio é a superfície lindeira às vias rurais, delimitada por lei específica e sob responsabilidade do órgão ou entidade de trânsito competente com circunscrição sobre a via. No Estado de São Paulo, a Portaria

públicos. Ou seja, além do critério da *titularidade*, emprega-se também aquele relativo à *destinação*. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 914: “A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público”.

³ Parte da doutrina inclui também nesta categoria aqueles bens que o Estado conserva para si para alguma finalidade específica, a exemplo das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 1253: “Nessas áreas existe a afetação a uma finalidade pública, qual seja, a de proteção a essa categoria social. Não é estritamente um serviço administrativo, mas há objetivo social perseguido pelo Poder Público. Sendo assim, trata-se de bens públicos enquadrados na categoria dos bens de uso especial”.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso de bem público por particular**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 281.

⁵ BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Diretoria Geral. Diretoria de Planejamento e Pesquisa. Coordenação do Instituto de Pesquisas Rodoviárias. **Glossário de termos técnicos rodoviários**. 2. ed. Rio de Janeiro: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, 2017, p. 148.

SUP/DER nº 50/2009⁶ define faixa de domínio como o conjunto de áreas declaradas de utilidade pública, desapropriadas por decreto ou apossamento administrativo e necessárias para implantação das obras da estrada ou rodovia e seus dispositivos operacionais, tais como drenagem, vias marginais, retornos, trevos, pedágios e outras atividades de apoio aos usuários.

A partir dos conceitos expostos, é possível extrair que as finalidades das faixas de domínio alinham-se às necessidades de operação, conservação e ampliação da rodovia. Nesse sentido, tais bens devem ter largura suficiente para abrigar as instalações necessárias à operação da rodovia – com vistas a garantir condições adequadas de segurança e fluidez do tráfego – e sua manutenção, bem como para permitir expansões futuras, caso necessárias.

A utilização indistinta das pistas de rolamento para o tráfego de veículos, dos seus acostamentos para paradas e conversões e outras situações similares alinhadas à sua finalidade principal e em igualdade de condições pelos membros da coletividade é o que se entende por *uso comum* das faixas de domínio⁷. Ao lado do uso comum, é possível ainda que o bem público seja utilizado de maneira privativa por particulares para finalidades estranhas à sua destinação principal, situações que caracterizam o chamado *uso especial*, para o que se exige consentimento estatal específico⁸. Exemplo de uso especial de bens de uso comum do povo envolve exatamente a situação em que uma determinada delegatária de serviço público, como de transmissão e distribuição de energia elétrica, de saneamento, de gás canalizado, entre outros, utiliza as faixas de domínio das rodovias para implantar a infraestrutura física necessária à prestação dos seus serviços. Nesse caso, haverá a utilização privativa de porções da faixa de domínio para finalidade diversa daquelas para as quais se destina preponderantemente, na medida em que a implantação dos mencionados equipamentos não tem por objetivo a operação, conservação ou ampliação da rodovia.

Considerando a relevância das faixas de domínio para a operação rodoviária, o seu uso privativo por terceiros depende da observância das condições de segurança do trânsito estabelecidas pela entidade com circunscrição sobre a via (art. 50 do CTB). Ademais, uma vez que são bens afetados a finalidades de interesse público,

⁶ Regulamenta a autorização de uso das faixas de domínio de estradas e rodovias integrantes da malha rodoviária do Departamento de Estradas de Rodagem para implantação e utilização de dispositivos destinados a serviços de terceiros.

⁷ O uso comum pode subdividir-se em ordinário e extraordinário. Em síntese, o *uso comum ordinário* consiste na utilização que independe do cumprimento de requisitos especiais, por não envolver maiores peculiaridades. Por outro lado, diante de situação em que há a submissão do bem a uma utilização mais intensa, é possível que o ordenamento exija do usuário o atendimento de determinados requisitos, como o pagamento de retribuição pecuniária ou a obtenção de consentimento estatal específico, caso em que se estará diante do chamado *uso comum extraordinário*, a exemplo do transporte de cargas que excedam os limites de peso e dimensões estabelecidos pelas autoridades de trânsito. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 940.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 642.

o uso privativo depende de consentimento estatal a ser conferido por meio de instrumentos de direito público, dos quais são exemplos a concessão, a permissão e a autorização de uso⁹.

Nesse contexto, em que pese a existência de previsões normativas em sentido diverso¹⁰, parece correto o entendimento de que o título jurídico mais adequado para a outorga do uso especial das faixas de domínio é a *permissão de uso*¹¹, considerando as características que a doutrina tradicionalmente atribui às espécies de instrumentos pelos quais a Administração consente o uso de bens públicos afetados a finalidades públicas¹². A simples *autorização de uso* seria inadequada devido ao preponderante interesse coletivo que permeia a utilização das faixas de domínio para a prestação de outros serviços públicos, não caracterizando mera atividade transitória¹³ e irrelevante ao Poder Público. Por outro lado, é também inadequada a *concessão de uso*, posto que se deve garantir algum grau de precariedade que permita ao titular da malha rodoviária realizar alterações nas condições de uso ou, dependendo do caso, efetuar a própria revogação do ato, situações que podem decorrer, por exemplo, da necessidade de realização de obras de ampliação ou remodelação da rodovia, tornando o ato, em cenário superveniente, incompatível com as finalidades principais da faixa de domínio¹⁴. Não é razoável supor a necessidade de indenização ao beneficiário do ato de outorga de uso nessas situações, visto que as faixas de domínio se destinam primordialmente à prestação do serviço rodoviário, sendo viável o uso especial somente quando não se perturbe o atingimento do seu fim principal. Lembra-se, ademais, que o uso das faixas de domínio nesses casos tem fim diverso da sua destinação específica, o que reforça a inadequação da figura da concessão de uso.

É importante sublinhar que um determinado instituto jurídico é definido pelas características conferidas pelo seu regime jurídico, pouco importando a nomenclatura empregada. Assim, ainda que determinada norma faça menção à

⁹ *Ibid.*, p. 643.

¹⁰ A título ilustrativo, no Estado de São Paulo, a Portaria SUP/DER n° 50/2009, aplicável na sua quase integralidade também às rodovias submetidas ao regime de concessão, tendo em vista que essa foi a opção manifestada pela Portaria ARTESP n° 18/2010, prevê que o consentimento para uso privativo das faixas de domínio, a ser expedido pela entidade com circunscrição sobre a via – DER para as rodovias administradas diretamente pelo Estado e ARTESP para as vias concedidas à iniciativa privada –, será formalizado por meio de *autorização de uso*.

¹¹ No mesmo sentido, CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. In: ANDRADE, Leticia Queiroz (org.). **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: ABCR, 2005, p. 16.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibid.*, pp. 643-647.

¹³ A *continuidade*, aliás, é um dos critérios para a caracterização do serviço público *adequado* (art. 6º, § 1º, da Lei n° 8.987/1995).

¹⁴ ANDRADE, Leticia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006.

“autorização de uso”, por exemplo, é importante verificar as características do ato para avaliar sua real natureza jurídica. Em todo caso, parece relevante que o ato tenha atributos tais que assegurem uma razoável margem para que o permitente possa alterá-lo ou até mesmo revogá-lo quando assim o impuser a prestação do serviço rodoviário, fim principal da faixa de domínio, sem descuidar, porém, que o uso especial em estudo volta-se ao atendimento também de outra finalidade pública.

3. A COBRANÇA PELO USO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO

Segundo vetusto entendimento doutrinário, os bens públicos pertenceriam à coletividade, e não às pessoas jurídicas de direito público, assim como sua utilização – sobretudo dos bens de uso comum do povo – haveria de ser gratuita, independentemente do uso que deles se fizesse, devido à sua natural vocação para a viabilização de serviços públicos¹⁵. Nos dias atuais, porém, tal entendimento não resiste ao exame do direito positivo vigente.

A possibilidade de cobrança pelo uso dos bens públicos encontra-se consagrada constitucionalmente. Exemplo que ampara tal afirmação pode ser extraído do art. 150, V, da Constituição Federal (CF), que estabeleceu a possibilidade de cobrança do pedágio pelo uso das rodovias¹⁶. Em nível legal, a regra geral que ampara a cobrança encontra-se disposta no art. 103 do CC, segundo o qual “*o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem*”. Pontua-se que, se até mesmo o uso comum do bem pode ser oneroso, com maior razão é possível a cobrança pelo uso privativo, em detrimento dos demais membros da coletividade e, eventualmente, até mesmo para finalidades lucrativas^{17,18}. Havendo previsão legal no âmbito do subsistema normativo do ente

¹⁵ Panorama exposto por DALLARI, Adilson Abreu. Uso de espaço urbano por Concessionárias de Serviço de Telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, p. 29-52, 2001; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-31, 2004.

¹⁶ Como ficou assentado no julgamento da ADI 800/RS (STF, Relator Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2014, publicado em 01/07/2014), embora o tema tenha sido inserido no capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional, o pedágio não tem natureza jurídica de tributo, mas de *preço público* pelo uso do bem público, pelo que são inaplicáveis ao instituto as limitações constitucionais ao poder de tributar.

¹⁷ BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3 n. 2, p. 1-25, 2020; ANDRADE, Leticia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006; DAMAZO, Estevão José. Uso de bem público por concessionária de energia elétrica e limites à sua oneração. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, ano 64, n. 207, p. 19-36, 2013.

¹⁸ Há autores, aliás, que defendem que o uso especial deva ser sempre oneroso. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. **A utilização do domínio público pelos particulares**. São Paulo: Juriscredi, 1972. p. 217 *apud* DALLARI, Adilson Abreu. Uso de espaço urbano por Concessionárias de Serviço de Telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, p. 29-52, 2001: “O fundamento

titular do bem, a cobrança será válida e exigível do utente. Lembra-se, ademais, que a possibilidade de extrair do bem frutos – neles incluídos os frutos civis¹⁹ – constitui também um dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.228 do CC) de que pode se valer o titular da coisa.

A natureza jurídica da verba advinda da cobrança pelo uso de bens públicos é objeto de alguma divergência. Não é rara a existência de previsões normativas nominando tal verba como “taxa” de ocupação, *nomen iuris* que a Constituição e o Código Tributário Nacional reservaram à espécie tributária incidente em razão do exercício do poder de polícia ou da prestação de serviço público específico e divisível²⁰. A adoção de tal terminologia revela atecnia legislativa.

As receitas públicas, em relação à sua fonte, origem ou coercitividade, subdividem-se em *originárias* e *derivadas*. Estas últimas provêm do constrangimento sobre o patrimônio dos particulares, tal como acontece com os tributos, as sanções pecuniárias, entre outros. Já as receitas originárias decorrem da exploração, pelo Estado, dos seus próprios bens e serviços e são marcadas pela bilateralidade e ausência de compulsoriedade²¹. A cobrança de contraprestação em razão da utilização do patrimônio público, como ocorre no caso do uso especial das faixas de domínio, enquadra-se exatamente na categoria das receitas originárias, sendo devida somente mediante a utilização do bem pelo permissionário, o que revela a ausência da compulsoriedade típica das receitas derivadas.

Fixada essa premissa, a espécie de receita originária que melhor se enquadra na situação sob estudo é o *preço*, havendo autores que a caracterizam como um *preço público*²²

deste dever de pagar uma quantia em dinheiro como retribuição do direito à utilização do domínio público é simples de entender e não se afasta, no essencial, daquele que alicerça idêntica obrigação a propósito dos usos comuns extraordinários. A sua justificação encontra-se luminosamente condensada nas palavras em que Jeze, sublinhando que o particular no uso privativo não usa a coisa como todos os outros, mas para seu proveito pessoal, esclarece: seria injusto que de uma utilização privativa de certa coisa pública, construída e conservada com o dinheiro de todos os contribuintes, uma pessoa só extraísse gratuitamente vantagens exclusivas”.

¹⁹ Como aduz GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 5: direito das coisas. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 560: “Frutos civis são os rendimentos produzidos pela coisa, em virtude de sua utilização por outrem que não o proprietário, como os juros e os aluguéis”.

²⁰ Art. 145, II, da CF/88 e art. 77 do CTN.

²¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 122.

²² DALLARI, Adilson Abreu. Uso de espaço urbano por Concessionárias de Serviço de Telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, p. 29-52, 2001; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-31, 2004; SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. Utilização de bens públicos e remuneração pelo uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias de serviço público: nuances jurídicas. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, n. 47, p. 211-231, 2019; BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3 n. 2, p. 1-25, 2020; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Telecomunicações e infraestrutura: artigos 73 e 74 da Lei nº 9.472/1997. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 27-41, 2001.

e outros que entendem ser um *preço semiprivado* ou *quase privado*²³. Em todo caso, é importante pontuar que essa cobrança tem natureza remuneratória, e não meramente indenizatória²⁴, isto é, trata-se de uma contraprestação pelo uso da faixa de domínio, não uma simples compensação por eventuais danos, os quais, se existentes, deverão ser objeto de reparação própria.

4. AS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E AS FONTES DE RECEITAS ALTERNATIVAS, ACESSÓRIAS E DE PROJETOS ASSOCIADOS

O ordenamento jurídico atribui ao Estado a prestação de diversos serviços públicos²⁵, o que pode ocorrer de modo *centralizado*, isto é, pela própria Administração Direta do ente, ou de modo *descentralizado*. No segundo caso, é possível que o Poder Público crie pessoa jurídica integrante da Administração Indireta e atribua a ela a titularidade e a execução do serviço (*descentralização por serviços, funcional ou técnica*), ou que, mediante contrato ou ato administrativo, seja delegada apenas a execução do serviço a pessoa jurídica preexistente, conservando o Poder Público para si a titularidade (*descentralização por colaboração*)^{26 27}.

A concessão de serviço público é uma forma de descentralização por colaboração, cujo conceito legal é dado pelo art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995. Segundo o dispositivo, concessão de serviço público é “a delegação de sua prestação, feita pelo

²³ DAMAZO, Estevão José. Uso de bem público por concessionária de energia elétrica e limites à sua operação. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, ano 64, n. 207, p. 19-36, 2013; ANDRADE, Letícia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006; CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. In: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: ABCR, 2005, p. 9-23.

²⁴ BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3 n. 2, p. 1-25, 2020; ANDRADE, Letícia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006. Contra, entendendo caber somente indenização pelos danos: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-31, 2004.

²⁵ Segundo MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 671: “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público”.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 575-576.

²⁷ Embora com o emprego de nomenclatura ligeiramente distinta, a possibilidade de delegação de serviços públicos a particulares encontra-se consagrada no art. 175 da Constituição Federal, ao dispor, em seu *caput*, que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. De acordo com o art. 4º da mesma lei, a concessão de serviço público tem natureza contratual, sendo espécie de contrato administrativo²⁸.

Assim como o contrato administrativo típico regulado pelas Leis nº 8.666/1993 e nº 14.133/2021, também os contratos de concessão têm assegurada a intangibilidade da sua equação econômico-financeira, que consiste na relação de equilíbrio inicialmente fixada entre, de um lado, o objeto contratual e os riscos inerentes à sua execução e, do outro, a remuneração a ser paga ao concessionário para a assunção desse conjunto de encargos²⁹. Portanto, sempre que essa relação for preservada tal como pactuada, considera-se que o contrato permanece equilibrado³⁰.

É importante destacar que a racionalidade do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos clássicos não é idêntica àquela aplicável aos contratos de concessão. Para além das diferentes formas de remuneração – proveniente do Tesouro no primeiro caso e, no segundo, das tarifas cobradas dos usuários –, as concessões apresentam redobrada complexidade e sofisticação na sua estrutura econômico-financeira, na medida em que costumam envolver investimentos de grande vulto pelo concessionário e necessidade de longos prazos para tornar o projeto financeiramente viável, sobretudo no setor de infraestrutura, como é o caso das concessões rodoviárias. Nestes contratos, é comum a necessidade de grandes aportes de investimentos nos seus anos iniciais, para implantação ou adequação da infraestrutura, normalmente financiados por um misto de capital próprio e de terceiros, recuperados somente vários anos depois (*payback*). Como explica Egon Bockmann Moreira:

Mais ainda: de usual, tais captações de recursos necessitam ser periodicamente renovadas, em momentos contratuais predefinidos (novas obras de ampliação, recuperação e manutenção, serviços etc.). Isso gera a sucessão de picos de receitas/retribuições e vales de investimentos/encargos. Em termos muito singelos, o que se dá é um projeto de investimento com fluxos de receitas e despesas: estas, oriundas da execução contratual e do serviço das dívidas; aquelas, derivadas da captação de recursos e do pagamento de tarifas. Os aportes de recursos privados não são objeto de resgate imediato (o lucro não é realizado em curto prazo, mas arcados pela receita tarifária paga ao longo de 10, 20 ou 35 anos. Por isso que, em termos econômicos, tais contratos são classificados como ‘investimentos de longa maturação’: o investidor demora bastante tempo para realizar os ganhos.

²⁸ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviços públicos**: a equação econômico-financeira dos contratos. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 28-31.

²⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103.

³⁰ É essa a lógica do art. 10 da Lei nº 8.987/1995, pelo qual “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

E prossegue o mesmo autor:

Por isso que, para contratos como os de concessão, permissão e parceria público-privada, é adequado falar-se em Taxa Interna de Retorno (TIR); em Valor Presente Líquido (VPL) e em Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC). São projeções que se valem de técnicas financeiras e pretendem revelar ao investidor o valor do seu dinheiro – e respectiva remuneração – para o tempo futuro. Tais índices e valores instalam expectativas que necessitam de segurança jurídica reforçada e estabilidade firme da base objetiva do negócio (aquele conjunto de circunstâncias objetivas sem as quais o contrato não teria sido celebrado; conscientes ou não as partes). Aqui, é tornada objetiva a compreensão do direito subjetivo público ao equilíbrio econômico-financeiro: não faz sentido algum falar-se em ‘previsível’ ou ‘imprevisível’ para projeções objetivas que envolvem períodos largos, de mais de 10, 20 ou 30 anos³¹.

Firmadas tais premissas, pontua-se que é lícito ao poder concedente prever no edital de licitação, em favor da concessionária, a possibilidade de outras fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, como autorizado pelo art. 11 da Lei nº 8.987/1995. Tal disposição decorre da incidência dos postulados da racionalidade econômica que guia a exploração do serviço público pela iniciativa privada, de modo que todos os ângulos economicamente relevantes devem³² ser aproveitados para a redução do valor das tarifas e a elevação da qualidade do serviço³³. Fala-se em redução das tarifas porquanto todas as fontes de receitas à disposição do concessionário devem ser consideradas nos estudos de viabilidade econômica da concessão e posteriormente cristalizadas na equação econômico-financeira quando da assinatura do contrato. Esse conjunto de receitas deve ser suficiente para fazer frente a todas as despesas de capital (CAPEX) e operacionais (OPEX) necessárias ao cumprimento das obrigações contratuais, além de assegurar uma taxa interna de retorno capaz de atrair agentes privados para a prestação do serviço³⁴. Assim, quanto maior for a receita proveniente de fontes alternativas, o tanto menor poderá ser a receita advinda das tarifas cobradas dos usuários, favorecendo a redução destas.

³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica do seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94.

³² Como advertido por JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 372, embora o dispositivo mencione que o poder concedente “poderá” prever outras receitas no edital, na realidade há um *dever* de aproveitamento de todas as oportunidades razoavelmente disponíveis para benefício da coletividade usuária do serviço.

³³ *Ibid.*, p. 367.

³⁴ Caso esse conjunto de receitas seja insuficiente para tornar o projeto financeiramente viável, é possível que o Estado se valha da figura das *parcerias público-privadas* (Lei nº 11.079/2004), que permitem a inserção de remuneração e aportes públicos na modelagem econômico-financeira do contrato.

No panorama das concessões rodoviárias, é comum que os editais e os contratos prevejam, entre as fontes de receitas acessórias, a possibilidade de exploração das faixas de domínio, mediante a cobrança de preços dos interessados na sua utilização, como autorizado pelo art. 11 da Lei nº 8.987/1995, passando a compor, assim, a equação econômico-financeira de tais contratos e contribuindo para a modicidade do valor dos pedágios³⁵. Considerando, porém, que eventual previsão contratual nesse sentido não transfere ao concessionário a propriedade desses bens, é corrente que regulamentos e contratos conservem junto ao poder concedente a competência para a outorga do seu uso. Ademais, para evitar que a cobrança assuma patamares abusivos, cabe ao poder concedente também aprovar os preços praticados pelo concessionário, ou então delimitar de antemão valores máximos, o que ganha especial relevo quando o uso tem por finalidade alguma atividade de interesse público.

5. A COBRANÇA PELO USO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO DE RODOVIAS CONCEDIDAS EM FACE DE PRESTADORAS DE OUTROS SERVIÇOS PÚBLICOS

Tema polêmico diz respeito à viabilidade de cobrança pelo uso das faixas de domínio para implantação da infraestrutura necessária à prestação de outros serviços públicos, como de energia elétrica, gás canalizado, telecomunicações e saneamento. Sobre o tema, costuma-se invocar o artigo 103 do Código Civil como a norma geral que autoriza a cobrança pelo uso dos bens públicos, a critério da entidade a cuja administração pertençam.

O assunto assume especial relevo para os entes titulares das faixas de domínio, diante da enormidade de incumbências atribuídas constitucionalmente ao Estado, cujo desempenho gera altas despesas que precisam ser de alguma forma financiadas. Para tanto, surge, entre as alternativas de captação de receita, a exploração dos bens públicos, aspecto aproveitado ainda de modo tímido no Brasil, onde se costuma dar primazia ao incremento da carga tributária.

Especificamente na seara das concessões rodoviárias, tema central deste estudo, a exploração pelo uso das faixas de domínio aparece como importante fonte de receita alternativa para composição da equação econômico-financeira do contrato, auxiliando na garantia da modicidade das tarifas de pedágio. De outro lado, ao buscar a implantação da sua infraestrutura nas faixas de domínio, as prestadoras de outros serviços públicos arcam com um indesejado custo adicional, situação que costuma ainda apresentar descompasso com as previsões de gratuidade de uso para o desempenho de suas atividades normalmente inseridas nos instrumentos que lhes outorgam a possibilidade de exploração dos seus serviços. O cenário exposto é de grande

³⁵ A título ilustrativo, anota-se que, na seara do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo, a generalidade dos contratos de concessão inclui tal cobrança no rol das chamadas receitas acessórias passíveis de apropriação pelas concessionárias de rodovias.

insegurança jurídica, cujo equacionamento invariavelmente provoca a proliferação de ações judiciais, gerando altos custos para todas as partes envolvidas.

Em nível doutrinário, como síntese dos argumentos contrários à cobrança na situação apresentada, Flávio Amaral Garcia expõe os seguintes pontos:

Para uma corrente doutrinária – à qual nos filiamos – seria juridicamente inviável a cobrança de qualquer espécie de remuneração pela utilização especial deste bem afetado ao serviço público rodoviário, pelos seguintes argumentos: (i) por ser a faixa de domínio das rodovias um bem de uso comum do povo, seu uso deveria ser gratuito; (ii) a referida cobrança fere os interesses da coletividade e o princípio da modicidade tarifária, pois as tarifas dos serviços públicos pagantes teriam que ser majoradas, para garantir a manutenção da equação econômica do contrato; (iii) a cobrança seria uma hipótese de subsídios cruzado (isto é, de financiamento de um serviço por outro); (iv) os concessionários de energia, gás e telecomunicações somente são obrigados a arcar com a indenização dos custos da passagem, sendo indevida qualquer forma de cobrança de preço (remuneração); (v) se a propriedade fosse privada, o concessionário, em caso de instituição de servidão, somente seria obrigado a arcar com a indenização se houvesse prejuízo para o particular, não se admitiria que o proprietário privado lucrasse com a passagem.

Há, ainda, clara violação ao princípio federativo quando é uma concessão estadual de rodovia que interfere em uma concessão federal.

Isso porque, como se sabe, a competência para legislar sobre serviços e instalações de energia elétrica é da União, a teor do que dispõe o art. 21, XII, 'b', da CF. A divisão de competências não é aleatória, mas vinculada aos interesses tutelados por cada um dos entes federados³⁶.

Como se verá, muitos dos argumentos contrários à cobrança são dotados de nítida ambivalência, se prestando a fundamentar uma ou outra conclusão e pouco contribuindo para a solução da questão posta. Ademais, será dada ênfase sobretudo aos serviços de energia elétrica e telecomunicações, por terem recebido novos contornos recentemente, em que pese os fundamentos expostos sejam em geral aplicáveis à generalidade de serviços públicos que se utilizam das faixas de domínio para a instalação de sua infraestrutura.

Já foi introduzido que, atualmente, não mais se sustenta o entendimento de que os bens públicos de uso comum do povo, por se destinarem ao uso geral e indistinto da coletividade, não admitem cobrança em razão da sua utilização. O art. 103 do CC é expresso ao admitir tal possibilidade, mesmo no caso de uso comum desses bens, reforçando ainda mais a viabilidade jurídica de cobrança em

³⁶ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 332-333.

caso de uso especial, como ocorre na situação sob análise. Na realidade, o entendimento no sentido da gratuidade do uso das faixas de domínio por prestadoras de serviços públicos remonta a período pretérito, no qual o próprio Estado desempenhava por si mesmo tais atividades e havia uma percepção geral de que não faria sentido a cobrança quando o uso se revertia em favor de serviços de interesse coletivo. Além disso, naquele momento, existia o claro propósito de universalização dos serviços públicos, para o que o desenvolvimento da infraestrutura era indispensável, objetivo que, no entender da época, se tornaria inadmissivelmente mais oneroso caso houvesse a cobrança³⁷. As relações entre as partes eram, então, resolvidas em geral no âmbito do entendimento político³⁸.

O panorama descrito sofreu radical modificação com os programas de desestatização ocorridos a partir da década de 1990, impulsionados por uma mudança de postura constitucional, que passa a prever como excepcional a atuação do Estado como agente econômico direto. Concentrando-se o Estado, então, na função de agente normativo e regulador (art. 174 da CF/88), diversos serviços públicos passam a ser delegados à iniciativa privada, que, naturalmente, os explora visando não apenas a satisfação dos interesses da coletividade, mas também o retorno econômico dos investimentos realizados. Esse espírito empresarial que passou a ser incorporado aos serviços públicos é nitidamente incompatível com o favor da gratuidade até então aceito no que diz respeito ao uso dos bens públicos³⁹.

Nesse contexto, é corriqueira a invocação do precedente do STF firmado no Recurso Extraordinário nº 581.947, de relatoria do então Ministro Eros Grau e julgado sob regime de repercussão geral (Tema 261), para fundamentar a gratuidade do uso das faixas de domínio em favor de prestadoras de serviços públicos. Na ocasião, a Corte Suprema afirmou que, para atendimento da incumbência de prestar os serviços públicos, as empresas que os prestam têm o dever-poder de usar o domínio público necessário à execução dos serviços, de modo que, não conduzindo à extinção de direitos, desse uso não decorreria o dever de pagar. A decisão inicial – cujos fundamentos apresentam-se sobremaneira confusos e parecem incluir argumentos extrajurídicos – conduziu boa parte da comunidade jurídica ao entendimento de que a posição do STF seria então contrária à instituição de preços para remunerar a ocupação das faixas de domínio nesses casos.

³⁷ JURKSAITIS, Guilherme Jardim; FIGUEIROA, Caio Cesar. Concessão de rodovias e cobrança pelo uso da faixa de domínio por concessionárias de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 26, p. 37-59, 2016.

³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A solução legislativa para a questão do acesso das redes ao espaço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 111-121, 2016.

³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Antinomia do art. 11 da Lei de Concessões de Serviços Públicos com normas do Decreto nº 84.398/1980 que estabelecem antigas regalias típicas do modelo de generosidade na prestação dos serviços públicos. In: ANDRADE, Leticia Queiroz (Org.). **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: ABCR, 2005, p. 55-77.

Entretanto, uma leitura mais atenta do inteiro teor do acórdão e das discussões travadas entre os ministros revela que a tese fixada naquela ocasião não guarda identidade com o tema da cobrança de *preços* para remunerar o uso de faixas de domínio administradas por concessionárias de rodovias. Nesse sentido, o caso julgado no RE 581.947 envolvia discussão sobre a constitucionalidade da Lei nº 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná, que instituiu *taxa, espécie tributária*, tendo como fato gerador o uso e a ocupação do solo e do espaço aéreo urbanos para a instalação de postes de transmissão de energia elétrica. De maneira salutar, tal confusão foi dirimida após a oposição de embargos de declaração, relatados pelo Ministro Luiz Fux, tendo a tese referente ao Tema 261 recebido a seguinte redação: “*É inconstitucional a cobrança de taxa, espécie tributária, pelo uso de espaços públicos dos municípios por concessionárias prestadoras do serviço público de fornecimento de energia elétrica*”.

Aliás, é interessante destacar que o próprio Eros Grau, relator originário do acórdão que julgou o RE nº 581.947, já se manifestou, posteriormente, no sentido de que a conclusão alcançada pelo STF naquela ocasião não serve de paradigma para a discussão envolvendo a cobrança de remuneração pelo uso das faixas de domínio de rodovias concedidas. Além da questão tributária já apontada, o ex-ministro observou outro ponto de distinção, consistente na existência de alternativas ao uso das faixas de domínio das rodovias concedidas pelas prestadoras de serviços de energia elétrica, telecomunicações e saneamento. Nesse sentido, tais empresas encontram nas faixas de domínio uma opção mais vantajosa economicamente, considerando a redução de custos proporcionada pela facilidade de acesso para implantação, manutenção e inspeção das suas infraestruturas, quando comparada à alternativa de instituição de servidões em bens particulares. Daí porque não haveria paralelismo entre a utilização das faixas de domínio das rodovias concedidas e o uso do espaço aéreo ou do subsolo de vias públicas urbanas objeto do RE nº 581.947⁴⁰.

Afastada uma suposta gratuidade por essência no uso das faixas de domínio, observa-se que a Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a competência para legislar e explorar os serviços de energia elétrica e de telecomunicações, como extraído dos arts. 21, XI e XII, “b”, e 22, IV. Por essa razão, é comumente sustentado que a exigência de contraprestação em virtude da ocupação das faixas de domínio, sobretudo daquelas titularizadas por ente diverso, representaria indevida invasão nas competências legislativa e administrativa da União, bem como ingerência sobre os serviços federais e seus respectivos contratos de concessão.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. Remuneração pelo uso de faixa de domínio de rodovias, taxa de uso e ocupação de solo e espaço aéreo e Recurso Extraordinário nº 581.947. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 26, n. 89, p. 15-24, 2015. Anota-se que o autor entende que a natureza jurídica da remuneração pelo uso das faixas de domínio “não consubstancia preço – *própria das relações de intercâmbio* –, mas de uma contribuição – *própria das relações de comunhão de escopo* [...]”.

É preciso que fique bem delimitado, porém, que o estabelecimento da disciplina normativa sobre as condições de utilização das faixas de domínio – no que se inclui a previsão de gratuidade ou onerosidade – não diz respeito a nenhum aspecto relacionado especificamente aos serviços de energia elétrica ou telecomunicações. A cobrança é instituída de maneira geral para todos aqueles interessados na utilização desses bens, sendo irrelevante que o uso se destine à implantação de infraestrutura para o exercício de serviços de natureza coletiva ou particular, ressalvadas, logicamente, as exceções que eventualmente o titular do bem deseje prever⁴¹.

A pretensão de inserir a disciplina afeta ao uso das faixas de domínio estaduais e municipais no âmbito de competência federal pelo simples fato de que eventual cobrança geraria custos extras aos serviços de energia elétrica e telecomunicações fuge completamente de uma razoável interpretação das competências atribuídas à União pela CF/88. Não há como conceber que a ocupação desses bens públicos constitua aspecto próprio e indissociável desses serviços federais⁴², sobretudo se lembrarmos que as faixas de domínio são apenas *umas das possibilidades* disponíveis para a implantação daqueles equipamentos. Como já tangenciado, há alternativas igualmente viáveis para esse intento, como a instituição de servidões sobre bens particulares. Ocorre que o uso das faixas de domínio, especialmente daquelas rodovias sob concessão, cujos contratos veiculam rigoroso rol de obrigações a ser cumprido pelas concessionárias para atendimento dos níveis de serviço, traduz uma maior *comodidade*, devido às boas condições de conservação do terreno, à facilidade de acesso às infraestruturas, ao benefício provocado pelo “fator corredor”, à redução dos custos de transação pela negociação acontecer apenas com um agente, entre outros⁴³.

Essas facilidades, antes de constituir argumento favorável à gratuidade, na realidade reforça o cabimento da cobrança, na medida em que evidencia a obtenção de vantagens econômicas especiais por empresas que não participaram de modo igualmente especial da implantação e da conservação das faixas de domínio, lembrando sempre que tais entidades, ou seja, as concessionárias de outros serviços públicos, como energia ou telecomunicações, desempenham suas atividades visando o lucro. A gratuidade nessa situação provocaria um inadmissível efeito carona (*free rider*) ou comportamento parasitário, caracterizado pelas situações em que determinados indivíduos se beneficiam dos esforços dos demais membros de uma coletividade. Ausente uma contribuição especial pelo utente, os custos de manutenção do bem público

⁴¹ BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-25, 2020.

⁴² Contra: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-31, 2004.

⁴³ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006.

seriam redirecionados ao restante da população, o que representaria ofensa aos princípios da solidariedade e da isonomia (arts. 3º, I, e 5º, *caput*, da CF/88)⁴⁴.

A cobrança pelo uso das faixas de domínio, seja diretamente ou mediante delegação às concessionárias de rodovias com fundamento no art. 11 da Lei nº 8.987/1995, é tema que está inserido no âmbito da autonomia constitucional do ente público para a autoadministração do seu patrimônio e para disciplinar seus próprios serviços, tratando-se de decorrência lógica do princípio federativo (arts. 1º, 18, 25 e 175, I a III, todos da CF/88)⁴⁵. Não por outra razão o art. 103 do CC estatui expressamente que a decisão compete à “*entidade a cuja administração pertencam*”. A intenção de colocar a disciplina acerca do uso das faixas de domínio como tema afeto aos serviços de energia elétrica, telecomunicações, entre outros, com a devida deferência aos entendimentos em contrário, parece representar um certo malabarismo hermenêutico e um inadmissível amesquinamento da autonomia dos entes subnacionais. Restaria atingido, por consequência, o próprio pacto federativo, tão caro à Constituição da República, que o alçou até mesmo ao status de cláusula pétreia (art. 60, § 4º, I).

Não há, portanto, qualquer invasão da competência constitucional da União relacionada aos serviços de energia elétrica e telecomunicações, tampouco ingerência sobre os contratos de concessão firmados para a delegação desses serviços. Pelo contrário, eventual legislação federal concedendo gratuidade ao uso de faixas de domínio de rodovias estaduais ou municipais concedidas é que representaria ingerência indevida da União sobre os contratos de concessão de rodovias, considerando que a exploração dos bens rodoviários é aspecto inerente e essencial ao serviço público rodoviário delegado.

Por outro lado, parece correto o entendimento de que, se há fundamento para que estados e municípios, diretamente ou mediante delegação, possam cobrar pelo uso das faixas de domínio, não podem, por outro lado, embargar a sua utilização de maneira arbitrária quando estiver em jogo a necessidade de prestação de um serviço de interesse público. Assim, sempre que a prestadora de serviço público atender aos requisitos dispostos na legislação do ente titular da faixa de domínio, e, se ausente fundado motivo para uma negativa, deverá ser permitido o uso para a finalidade em questão⁴⁶.

⁴⁴ BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3 n. 2, p. 1-25, 2020.

⁴⁵ Como exemplo do que se sustenta, o Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da medida cautelar concedida na ADI nº 927-3 (STF, Relator Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 03 de novembro de 1993, DJ 11 de novembro de 1994), já decidiu que ofende a autonomia dos estados-membros para gerir seu próprio patrimônio o disposto no art. 17, I, “b”, e II, “b”, da Lei nº 8.666/1993, ao prever, em extrapolação à competência federal para estatuir normas gerais sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII, da CF), que somente seria admissível a doação de bem imóvel e a permuta de bem móvel exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública. Assim, foi concedida a medida cautelar para restringir a aplicação da vedação ao âmbito da União.

⁴⁶ Flávio Amaral Garcia afirma que o caso é de *permissão de uso vinculada*, havendo um *direito público subjetivo* do concessionário de energia elétrica de utilizar as faixas de domínio. Cf. GARCIA, Flávio Amaral.

Esse entendimento decorre da função social da propriedade, prevista nos arts. 5º, XIII, e 170, III, da CF e compatível também com a propriedade pública⁴⁷, e do dever de compartilhamento de infraestruturas, elaborado a partir da doutrina das *essential facilities*. De acordo com essa teoria, o agente econômico titular de uma infraestrutura ou de outra vantagem específica não pode prevalecer-se dessa titularidade para impedir o acesso de novos agentes ao mercado, sobretudo se existente capacidade ociosa de exploração⁴⁸. Ademais, é comum que a infraestrutura implantada para a prestação de um serviço seja utilizada como suporte para outro, como ocorre exatamente na situação das faixas de domínio, concebidas para a prestação do serviço rodoviário, mas largamente utilizada para a implantação de redes de outros serviços.⁴⁹

Embora seja assegurado o compartilhamento de infraestruturas entre os diversos prestadores de serviços de interesse coletivo, o uso da infraestrutura de um agente por outro deve ser devidamente remunerado, a preços e condições justos e razoáveis⁵⁰. A exigência de razoabilidade dos preços praticados tem por objetivo remunerar adequadamente aquele sob a gestão do qual se encontra a infraestrutura e, ao mesmo tempo, evitar o comprometimento da modicidade tarifária do serviço que necessita de utilizá-la. Assim, logicamente os preços cobrados pelo uso das faixas de domínio não podem ser exorbitantes a ponto de inviabilizar o compartilhamento da infraestrutura. Eis mais uma razão pela qual o ente titular das faixas de domínio concedidas deve preservar para si a atribuição de aprovar preços máximos pelo uso.

Concessões, parcerias e regulação. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 338-340. Em sentido contrário, Antônio Carlos Cintra do Amaral entende que, além de inexistir fundamento para a gratuidade, sequer existiria um direito de utilização das faixas de domínio, considerando a sua prescindibilidade para a implantação das infraestruturas necessárias à prestação dos outros serviços públicos, ante à existência de alternativas disponíveis para tanto. Cf. CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. In: ANDRADE, Leticia Queiroz (Org.). **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos.** São Paulo: ABCR, 2005, p. 15.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso de bem público por particular.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 242.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 42.

⁴⁹ Sobre o tema, Carlos Ari Sunfeld bem sintetiza as vantagens do compartilhamento: “A finalidade que norteia o compartilhamento de infraestrutura é fácil perceber. Trata-se de mecanismo por intermédio do qual se potencializa a utilidade de uma determinada estrutura, que passa a atender, além da atividade principal para a qual foi concebida, outras atividades de utilidade pública.

Por esse meio, os custos de criação e manutenção dessas infraestruturas tornam-se economicamente mais brandos, pois passam a ser diluídos entre várias atividades distintas. Justamente por isso, por proporcionar um custo geral menor na prestação do serviço, entendese que um dos possíveis objetivos do compartilhamento de infraestrutura é permitir a cobrança de tarifas mais baixas dos usuários, uma vez que haverá um custo proporcionalmente menor a amortizar. Tanto assim que é lícito ao concessionário buscar fontes provenientes de receitas alternativas com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. O Compartilhamento de InfraEstrutura Entre Prestadoras de Serviço Público. **Fórum Administrativo Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 8, p. 1022-1029, 2001.

⁵⁰ Veja-se o art. 73 da Lei nº 9.472/1997 (“Lei Geral de Telecomunicações”), o art. 14, § 4º, da Lei nº 13.116/2015 (“Lei de Antenas”), a Lei nº 9.478/1997 (transporte de petróleo e seus derivados), entre outras disposições.

Portanto, é necessário ter clareza de que o dever de compartilhamento não significa que deva ele ocorrer de maneira gratuita⁵¹. Aliás, se o compartilhamento de infraestruturas entre empresas do mesmo setor é remunerado, por que haveria de ser gratuito o compartilhamento somente das faixas de domínio e outros bens onde se instalem aqueles equipamentos?

Superado esse ponto, é importante observar que em nada colabora para o deslinde do tema o critério da *essencialidade* do serviço, segundo o qual haveria uma suposta superioridade dos serviços de energia elétrica e de telecomunicações face ao serviço rodoviário, porque os primeiros seriam considerados essenciais pela Lei nº 7.783/1989⁵², ao passo que o último não. Primeiramente, a qualificação feita pela lei diz respeito exclusivamente ao tema do direito de greve, não se estendendo a outros temas⁵³. Ademais, todo serviço público é essencial⁵⁴, inexistindo hierarquia entre eles do mesmo modo como inexistente hierarquia jurídica entre os entes federativos que os titularizam. Revisite-se o colapso pelo qual passou o Brasil durante as chamadas “greves dos caminhoneiros”⁵⁵, ou então os prejuízos provocados pelos bloqueios nas rodovias ocorridos após as eleições de 2022⁵⁶, eventos que provocaram graves consequências ao País, ainda muito dependente do modal rodoviário para transporte de cargas e pessoas.

⁵¹ BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-25, 2020; ANDRADE, Leticia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviços públicos**: a equação econômico-financeira dos contratos. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 19.

⁵² Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

⁵³ ANDRADE, Leticia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006.

⁵⁴ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. In: ANDRADE, Leticia Queiroz (Org.). **Rodovias**: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: ABCR, 2005, p. 15, para quem nem mesmo o critério da compulsoriedade do serviço seria capaz de alçar um serviço de utilização obrigatória (como de água e esgoto) a hierarquia superior a um serviço não obrigatório (energia elétrica, rodovias, telecomunicações etc.).

⁵⁵ Além de problemas de desabastecimento, o Ministério da Fazenda estimou, em conta conservadora, que apenas a paralisação de 2018 gerou um prejuízo para a economia brasileira na ordem de R\$ 15 bilhões nos poucos dias de sua duração. Cf. MÁXIMA, Wellton. Greve dos caminhoneiros custará R\$ 15 bilhões para a economia. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-06/greve-dos-caminhoneiros-custara-r-15-bilhoes-para-economia>. Acesso em: 21 jan. 2023.

⁵⁶ Segundo estimativa da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), o prejuízo estimado somente para o setor seria de R\$ 1,8 bilhão por dia. Cf. CNC: perdas do comércio com bloqueios nas rodovias podem superar as de 2018. Uol, 2022. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2022/11/02/cnc-perdas-comercio-bloqueio-estradas.htm>. Acesso em: 21 jan. 2023.

Ademais, cabe notar o equívoco de premissa na concepção segundo a qual o interesse público primário, presente na prestação dos serviços de energia elétrica, telecomunicações etc., deveria prevalecer sobre um mero interesse público secundário das concessionárias de rodovia em lucrar pela cobrança das faixas de domínio. O entendimento parte de um raciocínio simplista e desconsidera que o preço exigido pela utilização das faixas de domínio reverte-se em favor da melhoria do serviço público rodoviário, bem como que, por compor a equação econômico-financeira da concessão, contribui para a manutenção das tarifas de pedágio em patamar módico⁵⁷. Em outras palavras, não se está diante de um conflito entre interesses públicos primário e secundário, mas apenas de interesses públicos primários.

Esse ponto bem descortina, aliás, a ambivalência de que padece o argumento de que a utilização deve ocorrer de modo gratuito para não comprometer a modicidade tarifária dos serviços que se utilizam das faixas de domínio para implantar seus equipamentos⁵⁸. Ora, eventual gratuidade retiraria relevante fonte de receita do conjunto que compõe a equação econômico-financeira da concessão rodoviária, prejudicando, com isso, a modicidade das tarifas de pedágio. Para as concessões rodoviárias já vigentes, a depender da matriz de riscos cristalizada no contrato, a proibição da cobrança poderia eventualmente caracterizar um evento de desequilíbrio, cujos custos de equacionamento seriam invariavelmente suportados pela coletividade que a gratuidade supostamente beneficiaria, seja mediante aumento dos pedágios, seja pela destinação de verbas oriundas o orçamento público, seja por outra modalidade de reequilíbrio à disposição do poder concedente.

Parece claro que o acolhimento do argumento importaria no reconhecimento de que os serviços de energia elétrica, telecomunicações e saneamento são hierarquicamente superiores ao serviço de operação e conservação de rodovias, o que, a essa altura, já não se pode admitir. A igualdade jurídica entre União, estados, Distrito Federal e municípios é elementar da organização político-administrativa da República Federativa brasileira, do que decorre a impossibilidade de conferir primazia entre os seus respectivos serviços e, em última análise, entre os seus usuários⁵⁹, conduta vedada pelo art. 19, III, da CF.

Não se prestando o argumento da modicidade para fundamentar uma ou outra conclusão, posto que estão em jogo as modicidades de serviços de igual

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legitimidade e natureza jurídica da cobrança de concessionárias de serviço público pela utilização subterrânea das faixas de domínio de rodovias dadas em concessão. In: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). **Rodovias**: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: ABCR, 2005, p. 31.

⁵⁸ JURKSAITIS, Guilherme Jardim; FIGUEIROA, Caio Cesar. Concessão de rodovias e cobrança pelo uso da faixa de domínio por concessionárias de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 26, p. 37-59, 2016.

⁵⁹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006.

hierarquia, deve o tema ser resolvido pelo prisma da competência para disciplinar o uso do bem público, o que, como já visto, cabe ao seu titular. Ademais, tratando-se de bem destinado preponderantemente ao atendimento do serviço rodoviário, é razoável que se prestigie a conclusão que aproveite primeiramente a este serviço.

O simples fato de o preço exigido pela utilização das faixas de domínio representar um custo – como qualquer outro – aos serviços de telecomunicações, energia elétrica e outros não é fator impeditivo à cobrança. Como adverte Diogo dos Santos Baptista:

Tais argumentos são preocupantes pelo risco de petrificar o exercício de competências constitucionais, pois tudo o que refletisse no custo da operação poderia ser utilizado como causa de desequilíbrio no contrato administrativo: o aumento na conta de água é indevido por afetar a modicidade? O aumento do preço cobrado na venda dos cabos de energia também? Aliás, isto invadiria a competência da União? De forma categórica, Clèmerson Merlin Clève afirma que ‘caso o equilíbrio-econômico financeiro impedisse a alteração dos tributos ou encargos incidentes sobre a concessão, nenhum tributo poderia ser aumentado após o oferecimento da proposta pelo concessionário’⁶⁰.

Nota-se, ademais, que, mesmo partidários da gratuidade do uso admitem a possibilidade de instituição, pelo titular da faixa de domínio, de taxa em razão do exercício regular do poder de polícia relacionado à fiscalização do cumprimento das condições de utilização do bem⁶¹, o que, em última análise, também oneraria os serviços federais. Naturalmente, não se está a equiparar as naturezas jurídicas e os fundamentos de exigência do preço e da taxa, mas apenas se busca evidenciar que a oneração do serviço, por si só, não impossibilita a remuneração, sobretudo quando esta decorre do exercício de prerrogativas asseguradas legal e constitucionalmente.

5.1. As previsões de gratuidade na legislação federal

Em que pese todos os fundamentos expendidos anteriormente, suficientes para amparar a onerosidade do uso das faixas de domínio para a finalidade sob estudo, cabe alertar que, a pretexto de exercer a competência para disciplinar os serviços de energia elétrica e telecomunicações, a União editou normas com previsões

⁶⁰ BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro: 2020, v. 3 n. 2, p. 1-25, 2020.

⁶¹ DAMAZO, Estevão José. Uso de bem público por concessionária de energia elétrica e limites à sua oneração. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, ano 64, n. 207, p. 19-36, 2013; SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. Utilização de bens públicos e remuneração pelo uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias de serviço público: nuances jurídicas. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, n. 47, p. 211-231, 2019.

de que tal utilização ocorreria de maneira gratuita. Cabe investigar, então, a validade de tais normas.

No setor elétrico, o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934), baixado à época com força de lei⁶², previu, no seu art. 151, que o concessionário de energia elétrica teria a prerrogativa de utilizar os terrenos de domínio público e neles estabelecer servidões, inclusive através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos. Com fundamento na competência regulamentar⁶³, foi então editado o Decreto Federal nº 84.398/1980, o qual, em seu art. 2º, estabeleceu que as outorgas de uso se dariam por prazo indeterminado e “*sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica*”⁶⁴.

À luz das considerações feitas ao longo deste artigo, não é difícil perceber que, ao prever a gratuidade do uso de bens públicos de modo geral para todas as esferas federativas, o Decreto Federal nº 84.398/1980 invade a autonomia dos estados e municípios para disciplinar as condições de utilização dos seus respectivos patrimônios, em ofensa ao princípio federativo⁶⁵. Adverte-se que o decreto, neste ponto, não disciplina aspecto relacionado ao serviço de energia elétrica, mas sim as condições para a outorga do uso dos bens públicos em questão⁶⁶. Além disso, incorre em outro vício de ordem formal, consistente na extrapolação dos limites da competência

⁶² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Revogação da gratuidade de ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica conferida pelo Decreto 84.398/1980 e sua inconstitucionalidade face ao princípio federativo. In: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: ABCR, 2005, p. 44. No mesmo sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236. p. 1-31, 2004.

⁶³ Constituição de 1967, conforme EC nº 1/1969: “Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] III - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”.

⁶⁴ Atente-se que o dispositivo faz menção somente às *concessionárias de serviços públicos* de energia elétrica, não abrangendo outras figuras, como o produtor independente de energia elétrica (art. 11 da Lei nº 9.074/1995), que exerce *atividade econômica em sentido estrito*, sobretudo quando o título outorgante for a autorização. Sobre a natureza e o regime jurídico aplicável ao produtor independente de energia elétrica, cf. LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. **Contornos das concessões no setor elétrico brasileiro**. 208 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 82-85.

⁶⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Revogação da gratuidade de ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica conferida pelo Decreto nº 84.398/1980 e sua inconstitucionalidade face ao princípio federativo. In: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: ABCR, 2005, p. 46; CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. In: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). *Ibid.*, p. 18-19.

⁶⁶ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006; DALLARI, Adilson Abreu. Uso de espaço urbano por Concessionárias de Serviço de Telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223. p. 29-52, 2001.

regulamentar – posto que, ao prever o uso gratuito, inovou relativamente ao Código de Águas, diploma que pretendia simplesmente regulamentar “*para sua fiel execução*”. Nesse sentido, admitindo-se que o Código de Águas tenha sido recepcionado pela CF/88, observa-se que em momento algum houve a previsão de que o uso em questão seria gratuito, como colocado no Decreto Federal nº 84.398/1980. Nota-se, aliás, que o Código de Águas ressaltou que o compartilhamento de infraestrutura em questão deveria ocorrer “*com sujeição aos regulamentos administrativos*”, nos quais o ente titular da malha viária poderia prever a onerosidade⁶⁷. Ainda que, mediante esforço hermenêutico, se reputasse que o uso gratuito estaria implícito no Código de Águas, a validade da isenção prevista no Decreto nº 84.398/1980 poderia ser reconhecida, no máximo, relativamente aos bens de titularidade da União⁶⁸.

De todo modo, mesmo que reconhecida fosse a recepção do Decreto nº 84.398/1980 pela ordem constitucional vigente, há relevante entendimento doutrinário no sentido da revogação da gratuidade nele prevista a partir do advento da Lei nº 8.987/1995. Segundo esse entendimento, a CF/88 e a Lei de Concessões inauguraram uma nova lógica de prestação de serviços públicos, baseada na racionalidade de eficiência dos agentes privados, de busca de obtenção do máximo possível de receitas para a sustentabilidade do negócio e melhoria do serviço, lógica essa incompatível com regalias de gratuidade, até então vigentes para contrabalancear a ineficiência do Estado na prestação dos serviços. Aqui, o critério geral segundo o qual *lei geral não revoga lei especial*⁶⁹ não é adequado para resolver o conflito entre o art. 11 da Lei nº 8.987/1995, que autoriza a inclusão da cobrança pelo uso das faixas de domínio como receita acessória da concessão, e o art. 2º do Decreto nº 84.398/1980, que prevê a isenção em favor de concessionárias de energia elétrica, exatamente porque a Lei de Concessões introduziu racionalidade absolutamente distinta e incompatível com a lógica estatizante que inspirou tal isenção⁷⁰.

⁶⁷ BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3 n. 2, p. 1-25, 2020.

⁶⁸ Antônio Carlos Cintra do Amaral vai além ao sustentar que a validade da gratuidade do Decreto nº 84.398/1980 poderia, quando muito, alcançar tão somente rodovias federais *não concedidas*. Cf. CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Ibid.*, p. 19. Tércio Sampaio Ferraz Júnior alerta ainda que somente *lei* do ente titular poderia dispor sobre o tema, não um *decreto* federal. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ibid.*, p. 46. Em sentido contrário, Floriano de Azevedo Marques Neto entende que o Decreto federal nº 84.398/1980 é válido e encontra-se vigente. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236. p. 1-31, 2004.

⁶⁹ Art. 2º, § 2º, da LINDB (Decreto-lei nº 4.657/1942).

⁷⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Antinomia do art. 11 da Lei de Concessões de Serviços Públicos com normas do Decreto nº 84.398/1980 que estabelecem antigas regalias típicas do modelo de generosidade na prestação dos serviços públicos. In: ANDRADE, Leticia Queiroz (Org.). **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: ABCR, 2005, p. 70-72. Para o autor, o ordenamento jurídico pode trazer *permissões fracas* (em que,

Nesse contexto, embora sem asseverar a revogação do Decreto nº 84.398/1980 pela Lei nº 8.987/1995, prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a tese no sentido de que, havendo previsão no contrato de concessão rodoviária autorizando a cobrança pelo uso das faixas de domínio, não há como prevalecer o teor do Decreto Federal em detrimento do art. 11 da Lei de Concessões. Essa conclusão ficou cristalizada no bojo dos Embargos de Divergência em REsp nº 985.695/RJ⁷¹, no qual a 1ª Seção seguiu o entendimento já firmado em outro precedente daquele órgão (REsp nº 975.097/SP⁷²), passando então a balizar os litígios envolvendo concessionárias de rodovias e concessionárias de outros serviços.

É curioso observar que o mesmo STJ tem rejeitado, porém, a possibilidade da cobrança quando esta é feita diretamente pelo próprio ente público que administra rodovia não concedida, ora sustentando que a cobrança não caracteriza taxa ou preço público e que o ente titular do bem não poderia cobrar pelo uso do solo se o serviço se destina à comunidade⁷³, ora invocando o precedente do STF firmado no RE nº 581.947 (Tema 261)⁷⁴, em relação ao qual já foi feito, ao longo deste artigo, o necessário *distinguishing* rela uso comum das faixas de tivamente à situação sob estudo. Por outro lado, no bojo do Incidente de Assunção de Competência nº 8, o STJ também afastou, em caráter vinculante⁷⁵, a licitude da cobrança pretendida por concessionária de rodovia pelo uso da faixa de domínio por autarquia municipal prestadora de serviço de saneamento que exerce suas atividades sem intuito lucrativo e fora do regime concorrencial⁷⁶.

na ausência de norma, tolera-se algo) e *permissões fortes* (situações em que há norma expressa autorizando algo). O art. 11 da Lei nº 8.987/1995 é exemplo de permissão forte, tendo efeito indutor, e não meramente tolerante. Segundo o autor, permissões fortes têm o efeito de revogar normas contrárias à permissão estabelecida. Por essa razão, aliás, parte da doutrina entende que art. 11 na verdade veicula um dever, posição com a qual o autor não concorda, porque colocaria o Estado novamente na posição de dirigente do setor privado, o que não teria abrigo na CF/88.

⁷¹ O EREsp n. 985.695/RJ (STJ, relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 12/12/2014) envolvia litígio entre a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, administradora de rodovias federais, e a Light Serviços de Eletricidade S/A, delegatária de serviço público federal de energia elétrica.

⁷² O REsp n. 975.097/SP (STJ, relatora Ministra Denise Arruda, relator para acórdão Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 9/12/2009, DJe 14/5/2010) envolvia litígio entre a Concessionária Ecovias dos Imigrantes S/A, que administra o conjunto de rodovias paulistas denominado Sistema Anchieta-Imigrantes, e a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulous – SABESP, sociedade de economia mista concessionária de serviços de saneamento.

⁷³ STJ, RMS n. 11.412/SE, relatora Ministra Laurita Vaz, relatora para acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18/4/2002, DJ de 12/8/2002.

⁷⁴ STJ, AR n. 5.289/SP, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Seção, julgado em 14/9/2022, DJe de 20/9/2022.

⁷⁵ Cf. art. 947, § 3º, do Código de Processo Civil.

⁷⁶ STJ, REsp n. 1.817.302/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 15/6/2022. A tese fixada no IAC nº 8 foi a seguinte: “É indevida a cobrança promovida por concessionária de rodovia, em face de autarquia prestadora de serviços de saneamento básico, pelo uso da faixa de domínio da via pública concedida”.

Ainda no que tange às disposições do Código de Águas e do Decreto Federal nº 84.398/1980, deve ser afastado eventual entendimento de que tais diplomas teriam instituído diretamente servidões sobre bens estaduais e municipais nos quais se pretenda implantar infraestruturas para a prestação dos serviços de energia elétrica. Esses diplomas, no limite, teriam previsto uma competência para a instituição de servidões sobre tais bens⁷⁷.

Sobre o tema, aliás, parte da doutrina sustenta que a União e suas concessionárias têm a prerrogativa de instituir servidões administrativas sobre bens estaduais e municipais, como autorizado de modo geral a partir da leitura conjunta dos arts. 2º, § 2º, e 40, do Decreto-lei nº 3.365/1941. Assim, seria devido apenas o pagamento de uma *indenização* e tão somente em caso de dano provocado pelo uso, afastando-se a natureza remuneratória da verba⁷⁸.

Entretanto, pontua-se que a servidão sobre bens públicos deve ocorrer de modo excepcionalíssimo, a fim de preservar o frágil equilíbrio federativo, tendo cabimento somente se inviável o acordo entre as partes e o uso do bem for imprescindível à prestação do serviço público, o que dificilmente se configura, diante da existência da alternativa de utilização de bens particulares lindeiros à rodovia⁷⁹. E, ainda que se reconhecesse o cabimento da servidão em um dado caso concreto, é imprescindível que se tenha clareza de que a imposição dessa restrição à propriedade dos estados e municípios depende da rigorosa observância dos requisitos legais para tanto. Como preceitua o art. 2º, *caput* e § 2º, do DL nº 3.365/1941, a servidão pressupõe prévio ato de declaração de utilidade pública expedido pelo poder concedente⁸⁰ e, “*em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa*”. Assim, a cada nova servidão que se pretendesse instituir, deveria haver um ato de declaração de utilidade pública próprio, o qual exigiria prévia autorização legislativa *específica*, naturalmente não atendida por previsões legais genéricas conferindo a competência para tanto (como a do art. 151 do Código de Águas). No entanto, o que se observa na prática é que, diante

⁷⁷ Como pontuado por FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Antinomia do art. 11 da Lei de Concessões de Serviços Públicos com normas do Decreto nº 84.398/1980 que estabelecem antigas regalias típicas do modelo de generosidade na prestação dos serviços públicos. In: ANDRADE, Leticia Queiroz (Org.). **Rodovias**: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: ABCR, 2005, p. 77: “A norma do art. 151, por outro lado, confere o direito de estabelecer servidões. Portanto, cria uma competência. Ou seja, não estabelece ela própria qualquer servidão. Não há, por conseguinte, no caso, normas legais, válidas e específicas, instituindo expressamente servidões em faixas de domínios de rodovias concedidas. Veja-se, em contraposição, o art. 12 do mesmo Código de Águas, que institui, diretamente, servidão (fica... estabelecida uma servidão...). Servidões não podem ser implícitas: ou são estabelecidas em lei ou a lei atribui competência para que sejam instituídas, por atos administrativos”.

⁷⁸ Nesse sentido, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236. p. 1-31, 2004.

⁷⁹ ANDRADE, Leticia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006.

⁸⁰ Cf. art. 29, IX, da Lei nº 8.987/1995 e art. 10 da Lei nº 9.074/1995.

das cobranças feitas pelas concessionárias de rodovias, as delegatárias de serviços de energia elétrica, telecomunicações, entre outros, se limitam a ajuizar ações judiciais pleiteando a gratuidade, o que é frequentemente deferido pelo Poder Judiciário independentemente do atendimento dos pressupostos legais necessários.

Em todo caso, se atendidos todos os requisitos e regularmente instituída uma servidão na situação concreta, é importante lembrar que a indenização será devida não apenas em razão dos danos emergentes experimentados pelo concessionário da rodovia. Com efeito, a indenização deverá abarcar também pagamento a título de lucros cessantes, assim entendido o que razoavelmente se deixou de lucrar (art. 402 do CC), “pois o uso exclusivo e gratuito da faixa de domínio acarreta em perda de receita, já que obsta que outros players utilizem o terreno pagando o valor previamente fixado”⁸¹.

Já no que diz respeito ao setor de telecomunicações, a despeito de todas as considerações feitas acima, o legislador federal editou a Lei nº 13.116/2015 (“Lei de Antenas”), que previu, no seu art. 12, que não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas apenas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação da lei. O § 1º do citado dispositivo esclarece, porém, que a gratuidade não abrange os custos necessários à instalação, operação, manutenção e remoção dos equipamentos, que deverão ser custeados pela empresa de telecomunicação. Ademais, deverá a ocupante indenizar o administrador da rodovia caso o uso provoque dano efetivo ou restrição de uso significativa.

Ainda que não padeça de todos os vícios constantes do Decreto nº 84.398/1980, o art. 12 tem em sua raiz a mesma mácula relativa à ofensa das autonomias estadual e municipal para disciplinar seus serviços e as condições de uso do seu patrimônio, faceta do princípio federativo. No limite, a gratuidade ali prevista deveria ficar restrita à órbita das rodovias federais.

5.2 A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal

Não obstante todos os fundamentos expostos ao longo deste estudo, cabe registrar que o STF pronunciou-se recentemente sobre o tema em ao menos três ações diretas, ocasiões em que externou entendimento favorável à gratuidade do uso das faixas de domínio por empresas prestadoras dos serviços de energia elétrica e de telecomunicações.

⁸¹ BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 3 n. 2, p. 1-25, 2020.

Relativamente ao setor de telecomunicações, o Procurador-Geral da República ajuizou a ADI nº 6482/DF⁸² no intuito de ver reconhecida a inconstitucionalidade formal e material do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015. Segundo o PGR, o dispositivo incorreu em vício de ordem formal por extrapolar o âmbito da competência legislativa conferida à União para dispor sobre telecomunicações (arts. 22, IV, e 48, XII, da CF/88) e sobre normas gerais de direito urbanístico (art. 24, I e § 1º, da CF/88)⁸³, bem como em vício material, em razão da ofensa aos princípios da eficiência e moralidade (art. 37 da CF/88) e da razoabilidade e proporcionalidade⁸⁴.

Ocorre que a tese defendida pelo PGR não foi acolhida pelo STF, que decidiu pela constitucionalidade do art. 12, concluindo que “a restrição imposta pelo citado dispositivo, ao direito de propriedade dos Estados, é adequada, necessária e proporcional, destinando-se à garantia da prestação e universalização de serviço público federal”. Sobre o assunto, em que pese tenha buscado se afastar da ideia, nota-se que o STF, ao reconhecer a constitucionalidade do dispositivo, estabeleceu uma verdadeira hierarquia entre o serviço de titularidade da União em detrimento do serviço rodoviário titularizado pelos demais entes, em desprestígio ao equilíbrio federativo. Ao validar uma verdadeira ingerência da União na competência dos demais entes para disciplinar seus

⁸² STF, ADI 6482, Relator Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2021, processo eletrônico DJe-097, divulg. 20/05/2021, public. 21/05/2021.

⁸³ De acordo com o PGR, “[...] a norma impugnada constituiu obrigação negativa (de não fazer) específica que ensejou violação direta da Constituição Federal, na medida em que: (i) ao impedir a remuneração pelo custo de oportunidade da passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, frustrou, de modo direto, prerrogativa de disposição, imaneente ao direito constitucional de propriedade (5º, caput e inciso XXII), o qual assiste aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal; (ii) ao fazer renúncia à receita de terceiros a título de subsidiar competência federal (inclusive quando prestada em regime de direito privado, no interesse principal do agente privado prestador), violou o princípio de autonomia dos entes federativos (art. 2º, c/c art. 60, § 4º, CF/88); (iii) ao tornar o direito de passagem matéria impassível de disposição contratual (‘res extra commercium’), erigiu norma específica em matéria de contratos administrativos (art. 22, XXVII, c/c art. 24, § 2º, CF/88)”.

⁸⁴ Ainda de acordo com a petição inicial da ADI: “O dispositivo impugnado violou, de modo direto, os princípios constitucionais da eficiência e da moralidade (art. 37, caput, CF/88) ao alijar os Estados, os Municípios e o Distrito Federal de fonte de remuneração dos serviços públicos estaduais, distritais e municipais prestados em áreas públicas pelas quais o direito de passagem das infraestruturas de telecomunicações seja requerido.

Mais propriamente, o impedimento a que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cobrem pela disposição patrimonial de seu domínio, em razão da gratuidade do direito de passagem a si imposta pela União, impõe-lhes ‘subsídio cruzado’, não em favor da prestação de seus próprios serviços públicos, mas em prejuízo deles [...].

Como visto, a gratuidade do direito de passagem, por disposição da União dos bens dos demais entes federativos, tem condão de conferir benefício a terceiros submetidos, em larga medida, a regime jurídico de direito privado, em regime de franca competição. [...]

O dispositivo impugnado desrespeita, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que sacrifica receita pública dos entes subnacionais, que poderia ser utilizada em favor dos serviços públicos de interesse regional e local, para, ao invés disso, fomentar atividades exploradas em regime de competição”.

bens e serviços, deu-se prevalência às empresas de telecomunicações em prejuízo da modicidade tarifária do serviço rodoviário, na medida em que a cobrança discutida representa receita relevante para as concessões de rodovias, permitindo a prática de tarifas de pedágio em patamares inferiores. Assim, a desoneração conferida às empresas de telecomunicações é custeada pelos usuários do serviço público rodoviário.

Com esse pronunciamento, portanto, deve ser observada a isenção prevista no art. 12 da Lei de Antenas, inclusive no âmbito dos estados e municípios. Alerta-se, porém, que o dispositivo preservou a cobrança de preço pelas concessionárias de rodovias cujos contratos decorram de licitações anteriores à edição da citada lei, ressalva que reforça o entendimento de que não existe uma gratuidade por essência pelo uso de bens públicos⁸⁵. Além disso, essa ressalva torna também frágil o argumento de que, se estados e municípios instituíssem, cada qual a seu modo, preços pelo uso das faixas de domínio, isso ocasionaria um caos no setor de telecomunicações a ponto de inviabilizar o serviço. Ora, se a cobrança era válida até o advento da Lei nº 13.116/2015 – e permanecerá válida até o termo dos contratos anteriores que preveem a cobrança –, como então o setor de telecomunicações continua hígido? Ademais, permanecendo a necessidade de consulta aos regulamentos administrativos do titular da faixa de domínio, a quem compete a outorga do uso (art. 12, § 2º), como justificar que a dificuldade regulatória capaz de gerar caos no setor restringir-se-ia somente à parte específica relacionada ao preço? Destaca-se, ainda, que os custos de instalação, operação, manutenção e remoção das estruturas implantadas na faixa de domínio devem ser arcados pela entidade interessada. A gratuidade também não atinge obrigações indenizatórias por danos efetivos ou restrição de uso significativa, do mesmo modo como a entidade gestora da faixa de domínio poderá exigir valores para custeio da análise das propostas técnicas de instalação das redes (art. 11, § 5º, do Decreto Federal nº 10.480/2020).

Relativamente ao setor de energia elétrica, foram ajuizadas as ADIs nº 3763/RS⁸⁶ e 3798/SC⁸⁷, ambas pela Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica. As ações impugnaram normas dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, respectivamente, que previam a possibilidade de cobrança pelo uso das faixas de

⁸⁵ Sobre o assunto, vale transcrever as ponderações do Ministro Edson Fachin, vencido na ADI nº 6482: “O art. 12, ao excepcionar, em seu final, ‘excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei’ - essa é a expressão que está no final do artigo 12, *caput* -, reconhece que, em relação aos contratos anteriores, a contraprestação exigida é conforme a ordem jurídica, mas deixa de ser conforme pela proclamação que o legislador faz a partir desse art. 12. Eis aqui um primeiro problema de ordem lógica: a Constituição é a mesma antes e depois da lei. Logo, o princípio da interpretação conforme a Constituição não tem essa baliza formal, porque ou ele prevalece para todas as situações, ou ele está afastado”.

⁸⁶ STF, ADI 3763, Relatora Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico DJe-092, divulg. 13/05/2021, public. 14/05/2021.

⁸⁷ STF, ADI 3798, Relatora Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2021, processo eletrônico DJe-045, divulg. 09/03/2022, public. 10/03/2022.

domínio das rodovias estaduais por empresas concessionárias de serviços públicos. No julgamento das ADIs, foi dada interpretação conforme a Constituição para excluir as concessionárias de energia elétrica do âmbito de incidência das normas, sob o argumento principal de que as legislações gaúcha e catarinense teriam invadido a competência da União para estabelecer o regime jurídico e as condições de prestação do serviço público de energia elétrica. Sobre o tema, parece com a razão o Ministro Marco Aurélio, vencido na ADI 3763/RS, para quem as normas impugnadas cuidam de regime jurídico de exploração dos bens de uso comum do povo sob o domínio do Estado, não havendo coincidência entre o ponto e as relações jurídicas afetas ao serviço de energia.

Convém salientar, porém, que as decisões proferidas nas ADI n° 3763/RS e 3798/SC se restringem à legislação do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, não atingindo normas ou contratos de outros entes, que permanecem hígidos até pronunciamento judicial com força vinculante e *erga omnes* em sentido contrário⁸⁸. Ademais, ainda que tenha o STF concluído que as normas estaduais que estabeleceram a onerosidade teriam invadido a competência da União para disciplinar o serviço de energia elétrica, há opiniões no sentido de que essa conclusão não prejudica a cobrança pelo uso de faixas de domínio no caso de rodovias concedidas, na medida em que a onerosidade, nesse caso específico, se fundamenta na norma – editada pela União, frisa-se – que autoriza a previsão, no contrato de concessão rodoviária, de outras fontes de receitas, qual seja, o art. 11 da Lei n° 8.987/1995. Assim, segundo esse entendimento, uma vez que o art. 11 permanece intocado, a cobrança por concessionárias de rodovias permaneceria válida, mesmo em face de concessionárias de energia elétrica, desde que, logicamente, houvesse previsão nesse sentido no contrato de concessão⁸⁹.

6. CONCLUSÃO

Embora dogmaticamente reconhecida a possibilidade da exigência de preço pelo uso dos bens públicos, essa realidade é objeto de intensa controvérsia na doutrina e na jurisprudência nacionais quando o uso se reverte em favor da prestação de serviços públicos, como ocorre nos casos de ocupação das faixas de domínio de rodovias para implantação da infraestrutura física necessária aos serviços de energia

⁸⁸ Com efeito, é ainda predominante o entendimento de que a eficácia vinculante e *erga omnes* das decisões do STF proferidas em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade limita-se, no aspecto objetivo, ao dispositivo da decisão. A título ilustrativo, nota-se que a Corte rejeita a possibilidade de manejo de reclamação por ofensa à *ratio decidendi* de decisões tomadas em sede de controle abstrato, indicando, assim, o não acolhimento da chamada teoria da transcendência ou da eficácia irradiante dos motivos determinantes. Nesse sentido, cf. STF, Rcl 37683 AgR, Relator Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 14/02/2020, DJe-049 Divulg 06/03/2020, Public 09/03/2020.

⁸⁹ BARCELOS, Marco Aurélio; et. al. Desmistificando o impacto da ADI 3.763-RS na cobrança por uso de faixas de domínio. **Conjur**, Brasília, DF 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-28/opiniao-adi-3763-rs-cobranca-uso-faixas-dominio>. Acesso em: 1 fev. 2023.

elétrica, telecomunicações, saneamento, entre outros. O debate ganha contornos ainda mais complexos se a rodovia é explorada sob o regime de concessão, ante à necessidade de, a um só tempo, tornar o projeto financeiramente viável e atrativo aos agentes privados, garantir a prestação de um serviço rodoviário de qualidade e assegurar a modicidade das tarifas de pedágio, para o que as receitas alternativas e acessórias, como é o caso da cobrança aqui tratada, contribuem diretamente.

A decisão quanto à gratuidade ou onerosidade do uso dos bens públicos insere-se na órbita de competência da entidade a cuja administração pertencam. Trata-se de tema afeto à autonomia constitucional do ente federativo para a autogestão do seu patrimônio e dos seus serviços, decorrência lógica do princípio federativo.

Lembra-se que o dever de compartilhamento de infraestruturas jamais significou que deveria ele ocorrer de modo gratuito. É necessário assegurar, porém, a razoabilidade dos preços exigidos, a fim de remunerar adequadamente o gestor da rodovia sem sacrificar desproporcionalmente a modicidade tarifária do serviço que se utiliza do bem público. Aliás, parece falacioso o argumento de que a gratuidade favoreceria a modicidade tarifária, na medida em que a desoneração de um serviço implica a oneração do outro. Considerando a inexistência de hierarquia entre os entes federativos e, por consequência, entre os serviços por eles titularizados, e tendo em vista ainda que todo serviço público é essencial, o critério da modicidade pouco contribui para o deslinde da questão.

Em que pese todos esses fundamentos, a jurisprudência recente do STF tem se inclinado, ao menos nos setores de telecomunicações e de energia elétrica, a favor da gratuidade do uso das faixas de domínio para a finalidade sob estudo, considerando válidas normas federais que estabeleceram isenções em favor de empresas de telecomunicações e inválidas normas estaduais prevendo a onerosidade em face de concessionárias de energia elétrica. Espera-se que o entendimento seja revertido em casos futuros, restabelecendo-se a paridade no âmbito da Federação brasileira e a autonomia dos estados e municípios para disciplinar o uso dos seus bens e a prestação dos seus serviços públicos. Caso contrário, a fim de preservar a coerência do entendimento, deverá igual benefício ser assegurado em favor dos entes subnacionais, no que se incluem suas delegatárias, quando do desempenho das atividades de sua competência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). **Rodovias**: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: ABCR, 2005.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 8, n. 40, p. 197-215, 2006.

BAPTISTA, Diogo dos Santos. A cobrança pela utilização exclusiva de faixa de domínio de rodovias estaduais por prestadores de serviço de energia elétrica. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3 n. 2, p. 1-25, 2020.

BARCELOS, Marco Aurélio; et. al. Desmistificando o impacto da ADI 3.763-RS na cobrança por uso de faixas de domínio. **Conjur**, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-28/opiniao-adi-3763-rs-cobranca-uso-faixas-dominio>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BINENBOJM, Gustavo; TOLEDO, Renato. A cortesia com chapéu alheio e a ADI 6482. Isenção ao setor de telecomunicações prejudica a modicidade tarifária de rodovias. **Jota**, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-cortesia-com-chapeu-alheio-e-a-adi-6482-05022021>. Acesso em 1 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 1 de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8865, 20 out. 1969. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Diretoria Geral. Diretoria de Planejamento e Pesquisa. Coordenação do Instituto de Pesquisas Rodoviárias. **Glossário de termos técnicos rodoviários**. 2. ed. Rio de Janeiro: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980**. Dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D84398.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 dez.2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei 13.116, de 20 de abril de 2015**. Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113116.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 10.480, de 1º de setembro de 2020**. Dispõe sobre medidas para estimular o desenvolvimento da infraestrutura de redes de telecomunicações e regulamenta a Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10480.htm. Acesso em: 05 dez. 2024

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Seção). **AR n. 5.289/SP**. Relator: Ministro Manoel Erhardt. São Paulo, 14 de setembro de 2022. Lex: jurisprudência do STJ. Brasília, DF, 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Seção). **EResp 985695/RJ**. Embargos de divergência em recurso especial (2011/0112036-9). Relator: Ministro Humberto Martins. Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2014. Lex: jurisprudência do STJ. Brasília, DF, 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Seção). **REsp n. 975.097/SP**. Recurso Especial nº 975.097 - SP (2007/0184490-4). Relatora: Ministra Denise Arruda. São Paulo, 9 de dezembro de 2009. Lex: jurisprudência do STJ. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Seção). **REsp n. 1.817.302/SP**. Recurso Especial nº 2017/0238389-7. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. São Paulo, 8 de junho de 2022. Lex: jurisprudência do STJ. Brasília, DF, 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Turma). **RMS n. 11.412/SE**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Aracaju, 18 de abril de 2002. Lex: jurisprudência do STJ. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3763/RS**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF: STF, 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446256/false>. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3798/SC**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF: STF, 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur460411/false>. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6482**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5953989>. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 37683 AgR**. Reclamação. Relatora: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur460411/false>. Acesso em: 04 out. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DALLARI, Adílson Abreu. Uso de espaço urbano por Concessionárias de Serviço de Telecomunicações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, p. 29-52, 2001.

DAMAZO, Estevão José. Uso de bem público por concessionária de energia elétrica e limites à sua oneração. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, ano 64, n. 207, p. 19-36, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso de bem público por particular**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Telecomunicações e infraestrutura: artigos 73 e 74 da Lei 9.472/97. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 27-41, 2001.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 5: direito das coisas. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Remuneração pelo uso de faixa de domínio de rodovias, taxa de uso e ocupação de solo e espaço aéreo e Recurso Extraordinário 581.947. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 26, n. 89, p. 15-24, 2015.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim; FIGUEIROA, Caio Cesar. Concessão de rodovias e cobrança pelo uso da faixa de domínio por concessionárias de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 26, p. 37-59, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviços públicos: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-31, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e**

contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. Utilização de bens públicos e remuneração pelo uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias de serviço público: nuances jurídicas. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, n. 47, p. 211-231, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A solução legislativa para a questão do acesso das redes ao espaço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 111-121, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Compartilhamento de InfraEstrutura Entre Prestadoras de Serviço Público. **Fórum Administrativo Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 8, p. 1022-1029, 2001.

REGIME DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DAS ATIVIDADES PRIVADAS REGULAMENTADAS: UM ESTUDO DE CASO RELATIVO AO TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL NO ESTADO DE SÃO PAULO

Discipline of public utilities and regulated private activities: a case study on intercity road transport in the State of São Paulo

Francisco Acioli Garcia¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Regime jurídico dos serviços públicos; 2.1 Concepções de serviço público; 2.2 Elementos diferenciadores do regime de serviços públicos; 2.3 Atividades privadas regulamentadas; 3. Estudo de caso: transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO O presente trabalho apresenta um estudo sobre o regime de serviços públicos, destacando os critérios que o diferenciam das atividades privadas regulamentadas. Após um exame teórico sobre o tema, busca-se realizar um estudo de caso relativo ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no Estado de São Paulo para a aplicação dos conceitos e premissas alcançados.

Palavras-chave: Serviços públicos. Atividade privada regulamentada. Transporte rodoviário intermunicipal.

ABSTRACT This paper presents an analysis on the discipline of public utilities, highlighting the aspects that differentiate it from regulated private activities. After a theoretical examination on the subject, the paper presents a case study on intercity road transport in the State of São Paulo for the application of the concepts and assumptions achieved.

Keywords: Public utilities. Regulated private activities. Intercity road transport.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa tratar do regime de serviços públicos, com a apresentação das características essenciais das atividades que se enquadram no conceito em questão, em contraposição às chamadas atividades privadas regulamentadas. À luz de tais conceitos teóricos, será feito um estudo de caso relativo ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no âmbito do Estado de São Paulo.

Na primeira parte, serão abordadas as diferentes concepções de serviços públicos, a fim de se investigar a mais adequada para os fins perseguidos neste estudo. A partir de tal definição de concepção de serviço público, serão buscados os elementos diferenciadores dos serviços públicos, isto é, aqueles que justificam a categorização de determinada atividade econômica no regime jurídico dos serviços públicos.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

Ato contínuo, será buscada uma contraposição entre o regime dos serviços públicos e as atividades privadas regulamentadas. Aqui, será demonstrado que, no que diz respeito ao regime de serviços públicos, é reservada ao Estado a competência para organizar a prestação do serviço público, considerando-se também aspectos de conveniência e oportunidade, desde que limitados pelo princípio jurídico da livre iniciativa.

Já na segunda parte, os elementos teóricos apresentados ao longo da primeira parte serão empregados em um estudo de caso relativo ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no âmbito do Estado de São Paulo, que envolve tanto a prestação de serviços públicos, no âmbito do serviço regular, como também o regramento e a fiscalização de atividades privadas regulamentadas, no âmbito do fretamento.

2. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 Concepções de serviço público

A investigação sobre o regime aplicável aos serviços públicos, notadamente no que diz respeito às características próprias das atividades que podem ser classificadas assim, depende, inicialmente, da definição de uma concepção de serviço público a ser usada na presente oportunidade. A opção por uma das concepções possíveis não importa em desprezo às demais, tratando-se apenas de um exercício para conferir maior clareza metodológica ao trabalho.

Com base nas lições de Alexandre Aragão², é possível se falar em quatro concepções distintas de serviço público: concepção amplíssima, concepção ampla, concepção restrita e concepção restritíssima. Passa-se, então, à análise de cada uma delas.

De acordo com a concepção amplíssima de serviços públicos, esses compreenderiam qualquer atividade administrativa exercida pelo Estado, independentemente se tal atividade tenha natureza prestacional ou restritiva de direitos. Portanto, “serviços públicos compreenderiam todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado (critério formal)”³.

A concepção amplíssima, ao identificar o regime de serviços públicos à atividade administrativa como um todo, acaba por se tornar inócua. Afinal, mostra-se essencial diferenciar os diferentes ramos do direito administrativo para que seja possível a análise de cada um deles. Até mesmo porque há relativo consenso doutrinário de que a atividade administrativa pode se manifestar de diferentes maneiras⁴.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 121-124.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 121.

⁴ Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a grande dificuldade em definir a função administrativa reside na dinamicidade, na abrangência e na heterogeneidade do conceito”. Tal atuação compreende “atividades

Já a concepção ampla de serviços públicos divide a atividade administrativa a depender de seu caráter. De um lado, as atividades de natureza prestacional, que proporcionam utilidades aos indivíduos; do outro, as atividades restritivas de direito, que conformam as liberdades dos administrados. Os serviços públicos corresponderiam, então, às ações administrativas de caráter prestacional, que geram comodidades.

A concepção restrita, por sua vez, inclui no universo dos serviços públicos somente aquelas atividades prestacionais em que há a identificação precisa dos usuários, bem como a quantificação dos benefícios extraídos por cada um deles (serviços *uti singuli*). Estariam excluídos, desse modo, os serviços *uti universi*, nos quais os beneficiários não são identificados com exatidão, como, por exemplo, no caso da iluminação pública de vias urbanas.

Por fim, a concepção restritíssima de serviços públicos abrange apenas os serviços *uti singuli* passíveis de financiamento por taxa ou tarifa. Ficariam de fora, portanto, os chamados serviços sociais, notadamente os de saúde e educação, oferecidos gratuitamente pelo Estado por determinação constitucional e livremente prestados, também, por entidades privadas.

Neste trabalho, a concepção de serviço público a ser usada será justamente a última apresentada acima, qual seja, a restritíssima. Isso porque a investigação ora em curso busca examinar os critérios pelos quais determinada atividade econômica, financiada ao menos em parte pelos próprios usuários, é enquadrada como serviço público.

Portanto, como o elemento comparativo entre as atividades econômicas em geral e as atividades submetidas ao regime de serviços públicos mostra-se importante nesta pesquisa, a adoção da concepção restritíssima acaba se revelando mais proveitosa. Até mesmo porque os serviços sociais (saúde e educação) seguem lógicas absolutamente distintas quando prestadas pelo Estado ou pela iniciativa privada.

2.2 Elementos diferenciadores do regime de serviços públicos

A mera identificação da concepção de serviço público mais adequada para este estudo (atividades prestacionais em que há a identificação precisa dos usuários, bem como a quantificação dos benefícios extraídos por cada um deles, passíveis de remuneração), porém, não soluciona a questão do enquadramento de determinada atividade como serviço público.

Na verdade, a pergunta permanece sem resposta: quais os elementos diferenciadores para que certa atividade econômica seja considerada um serviço público? Afinal, existem atividades econômicas prestacionais, com identificação precisa dos

de fornecimento de utilidades materiais de interesse coletivo”, “atuação de cunho jurídico, imaterial”, “decisão de litígios, inclusive entre particulares”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 16.

beneficiários e a quantificação dos benefícios extraídos por cada um deles, passíveis de remuneração, que não estão submetidos ao regime dos serviços públicos. O fretamento de transportes, a ser analisado posteriormente aqui, é um desses casos.

Ao tratar do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ aponta que os serviços públicos se caracterizam por três elementos diferentes: o elemento subjetivo, o elemento formal e o elemento material. O elemento subjetivo consistiria na titularidade estatal da atividade prestacional, tendo em vista que o serviço público sempre seria incumbência do poder público. Já o elemento formal seria a incidência do regime de direito público exorbitante, derogatório do direito comum. O elemento material, por sua vez, consistiria na satisfação de necessidades de ordem coletiva, pois a categorização como serviço público exige a presença de interesse público na consecução daquela atividade.

Ao se analisar os elementos listados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é possível notar que ao menos dois deles não são suficientes para diferenciar os serviços públicos das demais atividades econômicas. Com efeito, tanto o elemento subjetivo (titularidade estatal) quanto o elemento formal (incidência do regime de direito público) não servem para justificar a inclusão de certa atividade no rol de serviços públicos.

Na verdade, a titularidade estatal e a incidência do regime de direito público consistem mais em consequência da inclusão de determinada atividade nessa categoria do que propriamente uma razão para tal enquadramento. Desse modo, o que realmente explica a classificação de certa atividade como serviço público é o elemento material, apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como a satisfação de necessidades coletivas.

Trata-se, no entanto, de uma definição que merece ao menos ser complementada. Afinal, a própria autora reconhece que “todo serviço público visa atender a necessidades públicas, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público”⁶. Portanto, ainda é preciso investigar os critérios pelos quais as atividades que visam atender a necessidades públicas serão ou não enquadradas como serviços públicos.

Nesse particular, existe espaço para a realização de opções políticas na definição do que vem a ser serviço público, visto que não se trata de matéria exclusivamente afeta ao direito. Portanto, seria possível argumentar que os agentes políticos eleitos pelo povo teriam certa discricionariedade para decidir quanto a este enquadramento.

No entanto, justamente por o presente estudo buscar elementos diferenciadores do que vem a ser serviço público, mostra-se mais correto trabalhar aqui não com a discricionariedade, mas com os diferentes graus de vinculação dos agentes políticos ao direito, conforme ensina Gustavo Binbenbojm⁷:

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p.144-148.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 148.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207-208.

Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa: a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); e c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares).

Embora tal raciocínio tenha sido construído para balizar a atuação do administrador público, a lógica também é aplicável a qualquer agente político responsável pela definição de serviço público, seja integrante do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. Em ambos os casos, haveria vinculação a princípios jurídicos para a escolha das atividades que devem se amoldar à categoria dos serviços públicos, em especial.

Caso contrário, a escolha imotivada, sem critérios diferenciadores bem embasados, acabaria por provocar a violação ao princípio constitucional da livre iniciativa, fundamento tanto da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, da Constituição Federal)⁸ quanto da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal)⁹, já que se estaria diante de uma invasão indevida sobre o campo da iniciativa privada.

O primeiro critério diferenciador que ora se propõe é o da essencialidade do serviço. Trata-se de complemento ao já analisado elemento material apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que serviços públicos seriam aquelas atividades prestacionais que satisfazem necessidades de ordem coletiva de caráter essencial.

Afinal, outras características típicas dos serviços públicos e positivadas em lei, tais como os princípios da universalidade/generalidade e da modicidade tarifária, previstos no artigo 6º, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/1995¹⁰, decorrem da essencialidade da atividade. Por determinada utilidade ser reputada como essencial, todos os integrantes de determinada comunidade devem ter acesso à mesma utilidade (princípio da universalidade/generalidade), o que somente será possível caso a disponibilização não tenha custos financeiros excessivos (princípio da modicidade tarifária).

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

¹⁰ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. *Ibidem*.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Portanto, a essencialidade, na concepção de que toda a população interessada deve ter acesso à prestação material em questão caso dela precise, consiste em uma nota essencial dos serviços públicos, isto é, em um dos elementos necessários para que determinada atividade econômica seja enquadrada em tal regime jurídico, não ficando apenas sujeita à livre iniciativa. Trata-se de condição necessária, mas não suficiente.

Isso porque há outro elemento diferenciador, qual seja, a necessidade de organização estatal da prestação do serviço para assegurar a universalidade de acesso conseqüente da essencialidade tratada acima. Aqui, o raciocínio é bem simples: ainda que determinada utilidade seja essencial, caso a livre iniciativa seja capaz de atender satisfatoriamente às necessidades da população, não há que se sujeitar tal atividade econômica ao regime dos serviços públicos. Há incidência do princípio da subsidiariedade¹¹, ainda que consista em diretriz político-administrativa de organização do estado, tendo em vista as críticas doutrinárias em relação ao seu caráter de norma constitucional¹².

Por outro lado, constatado que um serviço essencial exige, em uma visão integral (que considera o sistema como um todo), a organização estatal para que seja oferecido de maneira universal a toda população interessada, estão presentes os elementos diferenciadores para a categorização da atividade econômica como serviço público.

Portanto, mais do que um conceito de serviço público, o que interessa ao presente trabalho é identificar os critérios pelos quais certa atividade econômica seja assim classificada. À luz do exposto acima, os critérios sugeridos são dois: (i) essencialidade do serviço; e (ii) necessidade de organização estatal da prestação, sempre com um olhar sistemático que considera a consecução do serviço holisticamente.

2.3. Atividades privadas regulamentadas

Após uma análise mais detida sobre os serviços públicos, realizada nos dois tópicos anteriores, entende-se que já há um instrumental teórico mais adequado para contrapô-los às atividades privadas regulamentadas.

Nota-se que, diferentemente do regime dos serviços públicos, o estudo das atividades privadas regulamentadas não recebe tanta atenção da doutrina e do ensino

¹¹ Na definição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o princípio da subsidiariedade consiste na “primazia do indivíduo e da sociedade civil no desempenho de atividades sociais, restringindo a atuação direta do Estado aos casos excepcionais”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 500.

¹² “Há alguma polêmica acerca do *status* constitucional do princípio da subsidiariedade econômica. Ela poderia não ser princípio constitucional, como muitos afirmam, mas *diretriz político-administrativa de organização do estado*. A subsidiariedade econômica não poderia gozar da superconstitucionalidade dos princípios constitucionais porque isso significaria a constitucionalização de um modelo econômico, ainda mais diante do caráter compromissório da constituição de 1988. Ela juridicizaria — com a nota da proteção reforçada dos princípios constitucionais — determinado projeto econômico de uma ideologia, quando a constituição de 1988 abrir-se-ia a *muitas ideologias*”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Intervenção do Estado no domínio econômico. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Tomos: Direito Administrativo e Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.

jurídico universitário tradicionais, embora tais atividades sejam bastante relevantes no âmbito da atividade administrativa. Alexandre Aragão¹³ traz a seguinte definição para as atividades privadas regulamentadas:

De toda sorte, isto é, independentemente da nomenclatura, são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, em face da sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que sejam exercidas, impondo ainda a sua contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial.

Percebe-se, desse modo, que as atividades privadas regulamentadas não envolvem serviços essenciais que dependem da organização estatal para que sejam prestados a contento a toda população interessada. Na verdade, a regulação estatal, com a exigência de ato autorizativo, incide em tais atividades para garantir a observâncias de outros valores reputados como relevantes pela ordem jurídica, tais como a segurança dos usuários, a proteção do consumidor etc.

De todo modo, tal regulação tende a ser mais suave do que aquela incidente sobre os serviços públicos, visto que a lógica predominante nas atividades privadas regulamentadas é a da livre iniciativa. A intervenção estatal nesses casos se dá somente para tutelar os valores considerados importantes naquela atividade específica, sem que o poder público assuma a missão de organizar a prestação em si do serviço.

Não há, por conseguinte, regulamentação de serviços públicos, mas exercício de poder de polícia sobre atividades privadas¹⁴, justamente por tais atividades não reunirem, simultaneamente, as características da essencialidade e da necessidade de conferir ao Estado a competência para organizar a prestação satisfatória a toda a população interessada.

A diferenciação precisa do regime dos serviços públicos das atividades privadas regulamentadas é de fundamental importância para o estudo do caso concreto a ser feito no próximo capítulo, visto que tal análise concreta se pautará nas premissas teóricas ora fixadas.

3. ESTUDO DE CASO: TRANSPORTE INTERMUNICIPAL RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS NO ESTADO DE SÃO PAULO

Com fundamento no instrumental teórico explorado no capítulo 2, passa-se agora a examinar a realidade do transporte intermunicipal rodoviário de

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 154.

¹⁴ Nesse sentido, aliás, vale conferir o entendimento exarado pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo por meio do Parecer CJ/STM nº 123/2015: “juridicamente, não possui a natureza de serviço público, mas de atividade econômica de interesse público relevante, com relação à qual a atuação estatal não é voltada à regulamentação de um serviço destinado à coletividade, mas ao exercício de um poder de polícia voltado a estabelecer requisitos para o desempenho de uma atividade que, embora possua natureza privada, gera reflexos relevante ao interesse público e à segurança do usuário”.

passageiros no Estado de São Paulo, inclusive as controvérsias existentes a respeito do modelo vigente.

Nos termos da legislação paulista, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) é a agência reguladora incumbida de regular e fiscalizar o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, excluídos aqueles sob gestão metropolitana (isto é, de competência da Secretaria Estadual de Transportes Metropolitanos e da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo – EMTU/SP)¹⁵, nos termos da Lei Complementar nº 914/2002 (art. 1º, *caput*, das Disposições Transitórias)¹⁶ e do Decreto Estadual nº 46.708/2002.

O transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros pode operar por dois modos diferentes, com requisitos distintos: há o serviço regular, disciplinado pelo Decreto Estadual nº 29.913/1989¹⁷, e a atividade de fretamento, disciplinada pelo Decreto Estadual nº 29.912/1989.

No que tange a tais decretos estaduais, vale ressaltar que ambos já foram questionados judicialmente, mas que tanto o Supremo Tribunal Federal (STF), em relação ao Decreto Estadual nº 29.912/1989, quanto o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), em relação ao Decreto Estadual nº 29.913/1989, reconheceram, em linhas gerais, a validade de tais atos normativos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTADO-MEMBRO: PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA. ÔNIBUS: FRETAMENTO PARA FINS TURÍSTICOS: DECRETO ESTADUAL REGULAMENTADOR. DECRETO 29.912, DE 1989, DO ESTADO DE SÃO PAULO.

¹⁵ A Lei Estadual nº 17.293/2020, em seu artigo 35, I, autoriza o Poder Executivo a delegar “à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, criada pela Lei Complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002, as funções de regulação e fiscalização de todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos a entidades de direito privado, inclusive aqueles submetidos à esfera institucional da Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos”. No entanto, tal opção não foi exercida ainda pelo Poder Executivo, visto que inexistiu decreto estadual nesse sentido. SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020**. Estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020.

¹⁶ Artigo 1º - As competências exercidas pelo Departamento de Estradas de Rodagem - DER, no tocante ao transporte coletivo intermunicipal de passageiros, passarão à ARTESP no momento de sua instalação. SÃO PAULO (Estado). **Lei complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002**. Cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002.

¹⁷ Embora o Decreto Estadual nº 61.635/2015 tenha revogado o Decreto Estadual nº 29.913/1989, o artigo único das disposições transitórias manteve a produção de efeitos daquele até o presente momento: “Artigo Único - Ao serviço de transporte coletivo intermunicipal rodoviário regular de passageiros atualmente prestado por linhas, permanecem aplicáveis as disposições do Decreto nº 29.913, de 12 de maio de 1989, até que se inicie, efetivamente, a operação do serviço nos moldes do Regulamento que integra o Anexo II deste decreto”. SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 29.913, de 12 de maio de 1989**. Aprova o Regulamento dos Serviços Rodoviários Intermunicipais de Transporte Coletivo de Passageiros (serviço regular). São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989.

I. - FRETAMENTO DE ÔNIBUS PARA O TRANSPORTE COM FINALIDADE TURÍSTICA, OU PARA O ATENDIMENTO DO TURISMO NO ESTADO. TRANSPORTE OCASIONAL DE TURISTAS, QUE RECLAMA REGRAMENTO POR PARTE DO ESTADO-MEMBRO, COM BASE NO SEU PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA, COM VISTAS À PROTEÇÃO DOS TURISTAS E DO PRÓPRIO TURISMO. CF, ART. 25, § 1º. INOCORRÊNCIA DE OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRÂNSITO E TRANSPORTE (CF, ART. 22, XI).
II. - RE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(RE 201865, RELATOR(A): CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 28/10/2004, DJ 04-02-2005 PP-00021 EMENT VOL-02178-02 PP-00290 LEXSTF V. 27, N. 315, 2005, P. 173-182 RTJ VOL-00193-03 PP-01078)

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 113, VI “a” e 117 do Decreto Estadual nº 29.913, de 12 de maio de 1989. Multa e apreensão de veículo por trafegar sem autorização formal. Transporte coletivo intermunicipal. Norma recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Competência remanescente dos Estados. O Código de Trânsito Brasileiro exige licença da autoridade, sob pena de cometimento de infração. Preliminar de inadequação da via afastada. Prazo mínimo de apreensão do veículo de quarenta e oito horas exigido no referido decreto ofensivo ao princípio da razoabilidade. Inteligência do art. 111 da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade apenas da última frase do indigitado Decreto. Ação julgada parcialmente procedente. (TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 9056468-50.2008.8.26.0000; Relator (a): Reis Kuntz; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Cível - São Paulo; Data do Julgamento: 20/05/2009; Data de Registro: 29/06/2009)¹⁸.

O transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, na modalidade de serviço regular, destina-se à condução de pessoas com cobrança individual de passagem, sendo franqueado a quaisquer passageiros interessados. É o típico “ônibus de rodoviária”, com venda aberta ao público, bem como horários e itinerários predefinidos.

Já o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, na modalidade fretamento contínuo ou eventual, é destinado à condução de pessoas sem cobrança individual de passagem, pois não é franqueado livremente ao

¹⁸ Trecho relevante do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 9056468-50.2008.8.26.0000: “Daí que, mediando novação constitucional, recepcionou-se, diante da CF/88, a legislação paulista em matéria de trânsito e transporte, inclusos, pois, como é de relevo para o caso, seus Decretos nº 29.912 e nº 29.913, neles não se vislumbrando vício de inconstitucionalidade material. [...] Nesse sentido também o entendimento esposado pelo Douto Procurador de Justiça: “[...] nada obstante os argumentos despendidos na petição inicial, não são inconstitucionais os dispositivos legais impugnados, pois, de fato, os Estados-membros detêm competência remanescente para regulamentar a prestação de serviços de transporte coletivo intermunicipal/rodoviário”.

público. Ou seja, não há um serviço à disposição de qualquer um que deseje, mas somente daqueles que se uniram e contrataram juntos determinada empresa para viagem(ns) específica(s).

Para fins de exemplificação, os casos clássicos de fretamento são aqueles de transporte contratado por uma escola para uma excursão de seus alunos, por agências de turismo para a realização de um passeio específico, por uma torcida organizada de futebol para assistir a uma partida no estádio do adversário. Em todas essas hipóteses, há um vínculo prévio entre as pessoas que usarão o serviço, e elas reservam um veículo para realização de determinada viagem, sem a venda de passagens a qualquer interessado.

No entanto, recentemente, determinadas empresas passaram a praticar, por conta própria, uma modalidade nova de fretamento, denominado pelas mesmas empresas de “fretamento colaborativo”.

Nessa nova modalidade, qualquer indivíduo pode se cadastrar no *site* da empresa e demonstrar seu interesse em determinada rota intermunicipal, fora da região metropolitana (objeto de estudo deste trabalho), com a indicação de horários e itinerários. Após o atingimento de determinado número de pessoas interessadas na mesma rota, uma empresa de fretamento eventual é contratada para a realização da viagem.

As empresas responsáveis pela criação do modelo de negócio em questão suscitam que apenas fazem a intermediação virtual entre as transportadoras de fretamento, de um lado, e os clientes, de outro, bem como que o “fretamento colaborativo” é lícito no Estado de São Paulo, razão pela qual não pode ser coibido pela ARTESP, agência competente pela fiscalização do serviço regular e da atividade de fretamento.

A análise da juridicidade da prática descrita nos parágrafos acima, no entanto, passa pelo exame da legislação aplicável sob a ótica da diferenciação entre o regime dos serviços públicos e das atividades privadas regulamentadas.

Isso porque o serviço regular, no âmbito do transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo, é considerado um serviço público, pois reputado como essencial. Mais do que isso, a existência de linhas menos atrativas, com menos interessados na respectiva viagem intermunicipal, faz com que a livre iniciativa não atenda satisfatoriamente toda a demanda existente. É necessária, portanto, a organização estatal para que o serviço seja oferecido de modo universal a toda população interessada.

Nesse caso, o regime de serviços públicos, a fim de garantir a universalidade que o justifica, impõe a concessão de gratuidades legais, a observância de rotas obrigatórias, a fixação de um número mínimo de partidas, a realização de viagem independentemente da quantidade de passageiros, entre outras constrações destinadas ao parceiro privado da Administração Pública que efetivamente executa os serviços.

Já o serviço de fretamento, por sua vez, é considerado atividade privada regulamentada, pois não foi considerado essencial pelo Estado de São Paulo. Afinal, não está em jogo aqui o direito fundamental social ao transporte (artigo 6º da

Constituição Federal)¹⁹, mas a realização de viagens por um grupo de pessoas com um vínculo em comum. Atividade, portanto, inserida no âmbito da livre iniciativa, com regulamentação pelo Estado de São Paulo a fim de assegurar direitos básicos do usuário do serviço, tal como a segurança, tendo em vista a periculosidade inerente às atividades de transporte.

Por estar fora do regime de serviço público, a atividade de fretamento não se sujeita às mesmas condições. Desse modo, a normatização vigente no Estado de São Paulo impede expressamente a equiparação entre os serviços regulares e a atividade de fretamento, nos termos do artigo 5º do “Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento”²⁰, contido no Decreto Estadual nº 29.912/1989.

Dessa norma é possível extrair duas características básicas do regime de fretamento no Estado de São Paulo: (i) impossibilidade de a atividade assumir caráter de serviço aberto ao público; (ii) necessidade de as viagens ocorrerem em circuito fechado. A primeira característica está explicitamente estipulada no artigo 4º do “Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento”²¹, contido no Decreto Estadual nº 29.912/1989, inexistindo maiores dúvidas quanto a ele.

Em relação às viagens em circuito fechado, é possível defini-las, na linha do artigo 3º, XIV, da Resolução ANTT nº 4.777/2015, da seguinte forma:

XIV - Circuito fechado: viagem de um grupo de passageiros com motivação comum que parte em um veículo de local de origem a um ou mais locais de destino e, após percorrer todo o itinerário, observado os tempos de permanência estabelecidos nesta Resolução, este grupo de passageiros retorna ao local de origem no mesmo veículo que efetuou o transporte na viagem de ida²².

¹⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

²⁰ Artigo 5º - Os serviços de transporte de passageiros sob fretamento não poderão operar o regime de linha regular, salvo autorização justificada do departamento de estradas de rodagem. SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 29.912, de 12 de maio de 1989**. Dispõe sobre a aprovação do Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989.

²¹ Artigo 4º Entende-se por serviço de transporte intermunicipal coletivo de passageiros sob fretamento aquele que se destine à condução de pessoas, sem cobrança individual de passagem, não podendo assumir, caráter de serviço aberto ao público. *Ibid.*

²² BRASIL. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Resolução nº 4.777, de 6 de julho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

Embora a regulamentação federal não se aplique ao Estado de São Paulo, a exigência do circuito fechado para o fretamento, conforme dito acima, deriva da inviabilidade de equipará-lo ao regime de serviço público, que opera em circuito aberto, com a comercialização de passagens individuais, em que a ida não está vinculada à volta.

Caso tal equiparação ocorresse, haveria o risco de um desequilíbrio concorrencial no setor. Afinal, as prestadoras de serviços públicos, em tese, continuariam tanto com as linhas menos atrativos do ponto de vista comercial quanto com aquelas mais atrativas do ponto de vista comercial, sujeitando-se ainda às restrições típicas do serviço público. As empresas de fretamento, no entanto, ofereceriam serviço muito similar sem se submeter às restrições em questão, além de ter ampla liberdade na escolha das viagens a serem realizadas – no caso, as mais lucrativas.

A consequência natural seria a asfixia econômica das prestadoras de serviço público, com prejuízos diretos à população, especialmente àqueles interessados na realização das viagens menos demandadas. A organização do serviço público pensada pelo poder público, no legítimo exercício de suas competências estatais, estaria então comprometida.

Percebe-se, portanto, que o “fretamento colaborativo” atualmente proposto, ao operar em circuito aberto e assumir caráter de serviço aberto ao público (qualquer interessado pode se cadastrar e adquirir viagens no *site* da empresa que faz a intermediação virtual), acaba por violar o regime de serviços públicos elaborado pelo Estado de São Paulo para o serviço regular.

Afinal, tal modelo de negócios acabaria por atentar contra a organização do serviço nos moldes em que concebida pelo poder público, obstaculizando, por conseguinte, a universalidade de atendimento imposta pela essencialidade da prestação material.

Os dois elementos diferenciadores dos serviços públicos, portanto, sofreriam prejuízo direto nessas circunstâncias concretas, o que justifica a limitação da atividade sem que haja qualquer violação à livre iniciativa, cujo âmbito de incidência pode ser limitado justamente pelo regime dos serviços públicos. Nessa linha, inclusive, são as lições de Vitor Rhein Schirato²³, que admite a possibilidade da retirada da atividade de um ambiente competitivo caso necessário para que o regime de serviços públicos atinja a sua finalidade:

Ao afirmar que a prestação dos serviços públicos é um instrumento para a satisfação de determinados direitos fundamentais *status positivus* ou mistos, afirmamos, por consequência, que ao Estado é imposto o dever de atuar de forma positiva para garantir a satisfação do direito fundamental em questão.

²³ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos serviços públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 108-109.

Com isso, afirmamos também que a instituição de um determinado serviço público demanda que o Estado empreenda determinada atividade econômica ou imponha à sua exploração significativas restrições (como adiante se detalhará), o que diminuirá o acesso dos particulares à atividade, seja pela concorrência promovida pelo agente estatal, seja pela sua retirada de um ambiente competitivo, trazendo impactos sobre o direito fundamental da livre iniciativa (inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal).

Percebe-se, portanto, que, no caso do transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo, a criação desse novo modelo de negócio, denominado como “fretamento colaborativo”, acabou por descaracterizar o fretamento como atividade privada regulamentada, tornando-o mais próximo do serviço regular, sujeito ao regime dos serviços públicos.

Mais do que isso, ao instalar uma competição direta entre transportadoras de fretamento e as empresas do serviço regular, com apenas estas últimas sujeitas às constrictões típicas do serviço público para assegurar a universalidade de acesso, o “fretamento colaborativo” acaba por proporcionar um ambiente de concorrência desleal. Trata-se de hipótese em que a assimetria regulatória impede que a disputa por mercado se dê em bases minimamente isonômicas.

4. CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a classificação como serviço público de determinada atividade econômica prestacional, com identificação precisa dos beneficiários e a quantificação dos benefícios extraídos por cada um deles, passível de remuneração, tem efeitos práticos importantes. Por conta disso, deve ser feita de modo criterioso.

Assim, foram sugeridos dois elementos diferenciadores entre os serviços públicos e as demais atividades econômicas, inclusive aqueles objetos de regulação para assegurar valores jurídicos relevantes: (i) essencialidade e (ii) necessidade de organização estatal da prestação, sempre com um olhar sistemático que considera a consecução do serviço holisticamente.

A partir daí, passou-se a um estudo de caso do transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo, pois tal ramo abrange tanto serviço público (serviço regular) quanto atividade privada regulamentada (fretamento). A existência de uma controvérsia existente sobre o modelo vigente, causada pela prática do “fretamento colaborativo” por certos agentes econômicos, permitiu a contraposição mais clara entre esses dois universos e deixa uma importante lição: a inovação no campo da livre iniciativa tem limites.

Não se está a defender uma visão estagnada de serviços públicos, infensa à possibilidade de concorrência com o setor privado em toda e qualquer hipótese. Entretanto, eventual atuação de agentes do mercado em setor sujeito ao regime de serviços públicos não pode desconfigurar a organização da prestação instituída pelo poder público, sob pena de prejuízo à universalidade de acesso.

É exatamente o que pode ocorrer no âmbito do transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo, razão pela qual são legítimas ações administrativas da entidade fiscalizadora (ARTESP) visando coibir o chamado “fretamento colaborativo”, tendo em vista os artigos 4º e 5º do “Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento”, contido no Decreto Estadual nº 29.912/1989.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Resolução nº 4.777, de 6 de julho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1393005. Acesso em: 2 out. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Intervenção do Estado no domínio econômico. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/109/edicao-2/intervencao-do-estado-no-dominio-economico->. Acesso em: 6 mar. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 29.913, de 12 de maio de 1989**. Aprova o Regulamento dos Serviços Rodoviários Intermunicipais de Transporte Coletivo de Passageiros (serviço regular). São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1989/decreto-29913-12.05.1989.html>. Acesso em: 02 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 29.912, de 12 de maio de 1989**. Dispõe sobre a aprovação do Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1989/decreto-29912-12.05.1989.html>. Acesso em: 02 out 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 46.708, de 22 de abril de 2002**. Aprova o Regulamento da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte no Estado de São Paulo - ARTESP, criada pela Lei Complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-46708-22.04.2002.html>. Acesso em: 02 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 61.635, de 19 de novembro de 2015**. Dispõe sobre a concessão dos serviços rodoviários de transporte coletivo intermunicipal regular de passageiros nas áreas de operação do Estado de São Paulo, aprova seu respectivo regulamento, e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2015/decreto-61635-19.11.2015.html>. Acesso em: 02 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002**. Cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2002/lei.complementar-914-14.01.2002.html>. Acesso em: 2 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020**. Estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17293-15.10.2020.html>. Acesso em: 02 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **ADI nº 9056468-50.2008.8.26.0000**. Relator: Reis Kuntz. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=17738364&cdForo=0>. Acesso em: 2 out. 2024.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos serviços públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

A POLÍTICA NACIONAL PARA PREVENÇÃO E CONTROLE DO CÂNCER

The national policy for cancer prevention and control

Maria Helena Yamamoto Console¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O Sistema Único de Saúde na Constituição Federal; 2.1 O SUS como Prevenção; 2.2 Prevenção; 3. Política Nacional para Prevenção e Controle do Câncer; 3.1 Instituições: Instituto Nacional de Câncer INCA; 3.2 Estrutura das Políticas Públicas Preventivas e de Promoção; 3.3 A Campanha Outubro Rosa: uma política pública de prevenção; 3.4 Economicidade na Aplicação da Prevenção no Câncer; 4. Orçamento do Ministério da Saúde; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este estudo analisa a Política Pública de Prevenção e Controle do Câncer. A importância do Sistema Único de Saúde em ações e coordenação na tutela de direitos fundamentais e da cidadania. O foco apresentado no trabalho está na prevenção primária como condição de resposta à ocorrência da enfermidade e suas consequências. Dos impactos econômicos possíveis em cenário preventivo e não preventivo. A garantia de prevenção ao câncer está imbricada a integração de políticas públicas com ações sociais, educacionais, ambientais e de cuidados individuais.

Palavras-chave: Política pública. Prevenção. Câncer. SUS.

ABSTRACT

This study analyzes the Public Policy for Cancer Prevention and Control. The importance of the Unified Health System in actions and coordination in the protection of fundamental rights and citizenship. The focus presented in the work is on primary prevention as a condition of response to the occurrence of the disease and its consequences. Of the possible economic impacts in a preventive and non-preventive scenario. The guarantee of cancer prevention intertwines the integration of public policies with social, educational, environmental, and individual care actions.

Keywords: Public policy. Prevention. Cancer. SUS.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo dedica-se à análise da Política Nacional para Prevenção e Controle do Câncer, principalmente, nos aspectos da prevenção primária da doença e das recomendações atinentes aos cuidados individuais para redução do risco do seu acometimento.

Aspectos referentes aos impactos econômicos e sua redução com medidas próprias de prevenção como atividades físicas, alimentação e nutrição, controle do consumo de bebidas alcoólicas e tabaco, de vacinação (papilomavírus humano [HPV]), bem como no âmbito da educação. Demonstram a relevância de investimento em sua promoção (campanhas e orientação educacional).

¹ Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Funcionária Pública da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. Especialista pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado em Direito do Estado.

Os cuidados primários de saúde constituem a resposta para levar uma vida social e economicamente produtiva, como parte no desenvolvimento e no bem-estar social.

Demonstrado em radiografia e recomendações, quadro para incremento da política de prevenção, elaborado com itens específicos ao Brasil em trabalho conjunto do Instituto Nacional de Câncer (INCA) e a Rede Global de Fundo Mundial de Pesquisa contra o Câncer (WCRF).

Verifica-se ao longo deste trabalho que apesar dos dados disponíveis no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), há previsão do programa orçamentário, porém não de forma clara, posto a inexistência de sua utilização nos cinco últimos anos de checagem, assim mostraram-se não suficientes para uma clara conclusão.

Formalmente bem apresentada à política pública, ratificando sua importância e se demonstrando visionária ao tempo de sua criação, há, contudo, aspectos pouco desenvolvidos que comprometem seu pleno alcance e a devida eficácia. Quer por integração, quer por controle.

2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para analisar a saúde como direito fundamental é essencial iniciarmos pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 6º expressa sobre seu caráter social e protetivo de acesso e dever do poder público em assegurá-la.

A frente nos artigos 196 a 200 do mesmo diploma teremos os princípios, organização, competências e financiamentos (por força da Emenda Constitucional - EC-29/2000) de um novo sistema unificado de ações e serviços públicos de saúde.

O (SUS), que segundo Werner (2015) é, para além de uma política pública, um projeto originário constitucional, vimos que o arcabouço já traz estruturado o fim a que se destina, e não por acaso, com essas bases fincadas possibilitou o desenvolvimento legislativo e de política pública como expressão real de direito fundamental.

No artigo 198, temos a tradução do projeto, através da previsão de ações e serviços públicos estruturados em rede regionalizada e hierarquizada de forma única e cujas diretrizes estão desenhadas de forma clara observando: a descentralização, atendimento integral, **priorizando as atividades preventivas**, sem desconsiderar as assistenciais e com a participação da população.

Esse dispositivo e nos seguintes, por força da Emenda 29/2020, são especificados - a forma de financiamento e participação orçamentária em termos amplos, dando tangibilidade ao SUS e reforçando seu caráter diferenciado de política pública.

Claro o alinhamento da Constituição brasileira a própria Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS-1946), no esteio da prevenção e cuidado social onde destacamos:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

[...]

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita **cooperação dos indivíduos e dos Estados**.

Os resultados conseguidos por cada Estado **na promoção e proteção da saúde são de valor para todos**.

Do Capítulo II – Funções, destacamos:

Artigo 2

Para conseguir o seu objetivo, as funções da Organização serão:

a) Atuar como autoridade **diretoria e coordenadora dos trabalhos internacionais no domínio da saúde**;

[...]

f) Estabelecer e manter os serviços administrativos e técnicos julgados necessários, compreendendo os serviços de epidemiologia e de estatística;

g) **Estimular e aperfeiçoar os trabalhos para eliminar doenças epidêmicas, endêmicas e outras**;

[...]

i) **Promover**, em cooperação com outros organismos especializados, quando for necessário, **o melhoramento da alimentação, da habitação, do saneamento, do recreio, das condições econômicas e de trabalho e de outros fatores de higiene do meio ambiente**; (gsns)².

O regime jurídico-constitucional do direito à saúde abrange dimensões subjetivas e objetivas por meio de defesa, organização e procedimento, prestações materiais, não se limitando a ações curativas, mas ação direta sobre prevenção e promoção, na busca máxima pela saúde conforme Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)³.

A responsabilidade da promoção da saúde é comum a todos os setores da comunidade, por meio do empoderamento das pessoas e da população, objetivando a criação de ambientes favoráveis à saúde e pela educação à saúde dos indivíduos (OMS).

Neste estudo, analisaremos o SUS como um projeto de criação de política pública imbricada na prevenção e promoção à saúde, no caso, especialmente ao câncer.

² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Genebra: OMS, 1946, p. 1, grifo nosso.

³ Direitos Econômicos, Sociais e Culturais-PIDESC, cf. FIGUEIREDO, Mariana. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. **Boletim Do Instituto De Saúde - BIS**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 220-226, 2010.

2.1 O SUS como Prevenção

Conforme citado, ao ser desenhado na Lei Fundamental o SUS traz não só a previsão de prevenção como a priviligia em face de atividades curativas.

Esses conceitos estão bem demarcados na Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8080/1990).

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

[...]

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

[...]

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (gsns)⁴.

A Lei como marca de regulamentação ao dispositivo constitucional – artigo 196 e seguintes da Constituição – possui um desenho dos objetivos e atribuições norteadoras da política pública; competências e atribuições de cada esfera federativa e a forma de financiamento e gestão de recursos.

⁴ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos serviços de saúde em todo o território nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990, p. 1-3.

Assim o modelo assumido para o direito à saúde é organizativo, universal e público. Estruturado de forma única e com participação solidária entre os três entes de governo (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), além da sociedade, apresenta uma organização hierarquizada, mas com competência diretiva nacional, centrada no SUS, que é responsável por formulação, avaliação e apoio a políticas de alimentação e nutrição (Agência Nacional de Vigilância Sanitária [ANVISA]), vigilância epidemiológica e participação nas políticas públicas de controle ao meio ambiente, ao saneamento básico e ao ambiente de trabalho (art.16, I e II).

A previsão de direção estadual do SUS tem caráter complementar às ações e serviços de vigilâncias epidemiológica, sanitária, alimentação e nutrição, e de saúde do trabalhador.

Já aos municípios, cabe a execução de todos os programas formulados.

Cabe abordar que com o advento da Lei nº 8.142/1990, há previsão de clara participação da sociedade como um todo, além dos entes públicos e privados por meio dos Conselhos de Saúde (Conselho Nacional de Secretários de Saúde e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde), que além de outras atribuições são responsáveis por propositura de diretrizes para formulação de uma política pública, com previsão de transferência de recursos intergovernamentais e conta, além disso, com a participação da comunidade e de profissionais da saúde em sua gestão.

Com esses aspectos mais relevantes sobre a estrutura da política pública do SUS, iniciamos uma abordagem do conceito básico de prevenção tratado neste trabalho.

2.2 Prevenção

A preocupação da medicina preventiva surge no século XVIII, com a vacina Jenneriana⁵ e, posteriormente, no mesmo período, várias obras destinadas a educar a população sobre aspectos generalistas da saúde⁶

A medicina preventiva tem por finalidade a melhora da saúde de indivíduos.

A prevenção em saúde no âmbito técnico é conceituada em três níveis, e, em cada um deles verificamos características específicas⁷.

A prevenção primária ou primordial, ligada às doenças não contagiosas, tem sua base no estabelecimento de um estilo de vida saudável, contribuindo para a redução de risco à doença.

⁵ Edward Jenner, desenvolveu a primeira vacina humana, através da varíola que acometia vacas (*cowpox*), observou a imunidade de seus manipuladores ao contágio da doença em humanos.

⁶ PITA, João Rui. **Farmácia, medicina e saúde pública em Portugal (1772-1836)**. Coimbra: Livraria Minerva, 1996 *apud* ALMEIDA, Lúcio Meneses de. Da prevenção primordial à prevenção quaternária. **Revista Panamericana de Salud Publica**, Washington, DC, v. 23. n. 1, p. 91-96, 2005.

⁷ *Ibid.*, p. 6.

Segundo Czeresnia⁸, a prevenção trata de diminuir a probabilidade da ocorrência de uma doença e, assim, promover a promoção da saúde, aumentando-a por meio de ações intersetoriais a partir da saúde e do bem-estar.

Para alguns autores, a promoção da saúde está incluída como subtipo nos cuidados preventivos primários.

A prevenção primária possui como escopo evitar ou extrair exposição de um indivíduo ou população a um fator de risco ou causa antes do surgimento da patologia⁹.

A prevenção secundária cuida da identificação precoce da doença no indivíduo ou na população¹⁰. Nessa fase a prevenção pode ocorrer por rastreios ou por achados, em ambos os casos o objetivo é identificar pessoas doentes, mas assintomáticas.

Interessante observar que tecnicamente o rastreio (*screening*) visa um âmbito comunitário, já o achado (*case finding*) diz respeito ao indivíduo em tratamento médico.

Na prevenção terciária, o objetivo é a redução de custos sociais e econômicos da doença na população, tais como na reabilitação e reintegração precoces. Assim, ela representa gestão dos estados de doença¹¹.

Os parâmetros científicos permitem uma unidade de conceito e sua extensão às diversas sociedades, tornando-o base estruturante da Política Pública de Prevenção.

3. POLÍTICA NACIONAL PARA PREVENÇÃO E CONTROLE DO CÂNCER

A Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer (PNPCC) é instituída na Portaria n° 874/2013 e seu funcionamento se dá por meio da Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do SUS.

A Política tem como objetivo a redução da mortalidade e da incapacidade causadas por essa doença, e ainda a possibilidade de diminuir a incidência de alguns tipos de câncer, por meio de ações de promoção, **prevenção**, detecção precoce, tratamento oportuno e cuidados paliativos.

Nos termos do artigo 3º, A Política Nacional é desenhada para possibilitar o **provimento contínuo de ações de atenção à saúde da população** por meio da articulação dos diversos pontos de atenção à saúde. Estruturada por sistemas de apoio,

⁸ CZERESNIA, Dina. The concept of health and the difference between prevention and promotion. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, p. 701-709, 1999 *apud* ALMEIDA, Lúcio Meneses de. Da prevenção primordial à prevenção quaternária. **Revista Panamericana de Salud Publica**, Washington, DC, v. 23. n. 1, p. 91-96, 2005.

⁹ ALWAN, Ala'din. Noncommunicable diseases: a major challenge for public health in the region. **Eastern Mediterranean Health Journal**, [s. l.], v. 3, n. 1, 1997. p. 93.

¹⁰ JAMOULLE, Marc *et al.* Working Fields and prevention domains in general practice/Family medicine. **Docpatient**, [s. l.], 2000 *apud* ALMEIDA, Lúcio Meneses de. Da prevenção primordial à prevenção quaternária. **Revista Panamericana de Salud Publica**, Washington, DC, v. 23. n. 1, p. 91-96, 2005, p. 93.

¹¹ FOWLER, Godfrey; GRAY, Muir. Opportunities for prevention in general practice. In: GRAY, Muir; FOWLER, Godfreu. *Preventive medicine in general practice*. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 93.

logístico, regulação e governança da rede de atenção em saúde, nos termos da Portaria nº 4.279/GM/MS- 30/12/2010 e articulada pelo Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais e Municipais (Portaria nº 874/2013).

A rede de atenção básica é a porta de entrada no sistema diagnóstico da neoplasia, sendo que no prazo máximo de 60 dias, para o início do tratamento já diagnosticado; e 30 dias, para realização de exames elucidativos nos casos suspeitos – Lei nº 12.732/2012, apesar da instituição de prazos e responsabilização de gestores direta ou indiretamente às sanções administrativas, constata-se um gargalo na efetividade de seu cumprimento.

A realização de exames diagnósticos, conforme já vimos, está na prevenção secundária e a precocidade de uma identificação da doença aumenta a melhora da qualidade de vida e reduz o tratamento invasivo, cuidados paliativos e a mortalidade de pacientes.

3.1 Instituições: Instituto Nacional de Câncer INCA

O Ministério de Saúde, como principal agente governamental, coordena o Instituto Nacional de Câncer (INCA), que se torna órgão auxiliar do próprio ministério, especializado no desenvolvimento e coordenação de ações de políticas públicas de prevenção e controle do câncer no território nacional, principalmente pela expertise histórica e científica.

Para melhor ilustrarmos o papel desse Instituto, é importante apresentarmos parte de seu Planejamento Estratégico voltado à Política Pública de Prevenção e Controle do Câncer.

Em recente Plano Estratégico do INCA para os anos de 2020-2023¹², constam três objetivos básicos:

- I. Alavancar a integração institucional para potencializar os resultados do INCA, com vistas ao fortalecimento do SUS e do protagonismo nacional.
- II. Fortalecer a política de desenvolvimento de pessoas com foco na gestão por competência.
- III. Impulsionar a eficiência dos processos de trabalho, contribuindo para o alcance de uma gestão de excelência no SUS.

Dentro do tema específico de prevenção, objeto deste estudo, detalhamos temas de relevância direta:

(i) Desenvolver a integração sistêmica entre as áreas: Prevenção e Vigilância, Assistência, Ensino e Pesquisa; Promover a integração institucional;

¹² BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. **Plano Estratégico do Instituto Nacional de Câncer, 2020-2023**. Rio de Janeiro: Inca, 2021. Disponível em: https://ninho.inca.gov.br/jspui/bitstream/123456789/14912/1/Plano%20Estrategico%202020-2023_revisao_2022.pdf. Acesso em: 03 dez.2024.

(ii) Ratificar o papel do INCA como centro especializado em incorporação tecnológica em Oncologia para o SUS;

(iii) Garantir a aplicação eficiente dos recursos institucionais.

No que tange a ações para o alcance desses objetivos, destacamos:

- (i) Fomento à criação de grupos interdisciplinares de pesquisa, ensino, prevenção e assistência. Através de fóruns interdisciplinares com o potencial de promover a integração entre as áreas e aumentar a eficiência da assistência, fortalecendo a Rede de Atenção Oncológica;
- (ii) (Criar novos grupos interdisciplinares para promover a integração entre as áreas e aumentar a eficiência da assistência oncológica;
- (iii) (Aumentar produção do conhecimento em oncologia (pesquisa, produção científica para políticas de saúde assertivas);
- (iv) A aproximação do INCA dos gestores do SUS nas três esferas de governo (MS, Conselho Nacional de Secretários de Saúde-Conass e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde-Conasems), possibilitará a ampliação de parcerias para o melhor desenvolvimento da atenção oncológica no País, incluindo o debate sobre a judicialização e a interferência dos interesses de grupos organizacionais na Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer (PNPCC);
- (v) Muitas vezes esse cenário decorre da dificuldade de acesso aos exames para realização do diagnóstico (gargalo na média complexidade da rede de atenção à saúde). Dessa forma, o INCA pode contribuir na discussão sobre a reorganização do fluxo de atendimento em tempo oportuno, com possibilidades de ampliação da oferta na rede de atenção;
- (vi) Fortalecer o papel do INCA junto à gestão da PNPCC, apoiando ações de assistência, prevenção, vigilância, ensino e pesquisa em oncologia;
- (vii) Dos princípios que norteiam essa política, concentraremos nossa atenção especificamente aos estudos relacionados à promoção da saúde, à prevenção do câncer, sua vigilância e educação.

O câncer é um termo que abrange mais de 100 diferentes tipos de doenças malignas que têm em comum o crescimento desordenado de células, que podem invadir tecidos adjacentes ou órgãos à distância.

Dividindo-se rapidamente, essas células tendem a ser muito agressivas e incontroláveis, determinando a formação de tumores que podem se espalhar para outras regiões do corpo¹³.

A informação e cuidados são partes essenciais para desmistificação e prevenção dessa enfermidade que alcança níveis epidêmicos no mundo e no Brasil.

¹³ Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/cancer/o-que-e-cancer/>. Acesso em: 1 set 2022.

Conforme estimativas do INCA são previstos 704 mil novos casos a cada ano para o triênio 2023-2025, estudo divulgado em 23 de novembro de 2022.

O tumor mais incidente no Brasil é o de pele não melanoma (31,3% do total), mama feminina (10,5%), próstata (10,2%), cólon e reto (6,5%), pulmão (4,6%) e estômago (3,1%).

No caso das mulheres, calcula-se que 74 mil novos casos de câncer de mama são previstos por ano até 2025. E em homens 72 mil casos novos para câncer de próstata sem distinção de regiões.

Do total de casos mencionados (704 mil), há projeção de 70% de ocorrências nas regiões Sul e Sudeste.

Essas informações auxiliam no desenho de incidências, planejamento de estratégias para definição de ações das políticas públicas.

Ao abordarmos dados sobre o câncer, tentamos dar o primeiro passo para combater a doença: conhecendo-a, localizando-a geograficamente, projetando-a ao longo do tempo e a quem ela acomete. Nesse contexto, podem ser organizadas ações de prevenção e promoção para controle, planejamento e implantação da Política Pública.

No conceito de saúde de combate ao câncer, a prevenção e sua promoção demonstram um caminho próprio de Política de Estado, tanto no atendimento primário da saúde (noções de cuidado), como ações de educação e orientação a uma vida digna, portanto, a intenção é superar a visão de atenção curativa.

3.2 Estrutura das Políticas Públicas Preventivas e de Promoção

É importante destacarmos o conceito amplo de prevenção, focado neste trabalho, pois ao entendê-lo, temos a dimensão do impacto na sociedade, sua inter-relação em outras áreas e do conceito de dignidade humana. Recorremos ao trecho da Declaração de Alma-Ata de 1978, sobre cuidados primários e prevenção:

- incluem pelo menos: educação no tocante a problemas prevalentes de saúde e aos métodos para sua prevenção e controle, promoção da distribuição de alimentos e da nutrição apropriada, provisão adequada de água de boa qualidade e saneamento básico, cuidados de saúde materno infantil, inclusive planejamento familiar, imunização contra as principais doenças infecciosas, prevenção e controle de doenças localmente endêmicas, tratamento apropriado de doenças e lesões comuns e fornecimento de medicamentos essenciais.
- envolvem, além do setor de saúde, todos os setores e aspectos correlatos do desenvolvimento nacional e comunitário, mormente a agricultura, a pecuária, a produção de alimentos, a indústria, a educação, a habitação, as obras públicas, as comunicações e outros setores.
- requerem e promovem a máxima autoconfiança e participação comunitária e individual no planejamento, organização, operação e controle dos

cuidados primários de saúde, fazendo o mais pleno uso possível de recursos disponíveis, locais, nacionais e outros, e para esse fim desenvolvem, através da educação apropriada, a capacidade de participação das comunidades.

- devem ser apoiados por sistemas de referência integrados, funcionais e mutuamente amparados, levando à progressiva melhoria dos cuidados gerais de saúde para todos e dando prioridade aos que têm mais necessidade¹⁴.

Assim, a promoção em saúde abarca a integração intersetorial e multidisciplinar (outros órgãos da administração pública), visando maximizar a saúde potencial de cada cidadão por meio de ambientes favoráveis à saúde e ao autocuidado.

Suas diretrizes nos cuidados de saúde da população, em face ao câncer, envolvem ações intersetoriais e busca por parcerias para criação de práticas de promoção à saúde entre elas. Assim, devem ser estimulados – hábitos alimentares saudáveis como aleitamento materno, aumento do consumo de frutas, legumes e verduras, além de ações educativas, vacinação contra o HPV, uso de proteções a radiações solares intensas, de intervenções ambientais e organizacionais.

Nos termos legais são incluídos na promoção da saúde o incentivo a práticas corporais e de atividades físicas.

Já em caráter combativo, orienta-se ações contra o tabagismo, ao consumo de álcool, ao sobrepeso, a obesidade, alimentação inadequada, ambiente de trabalho insalubre, aos impactos dos agrotóxicos na saúde humana e no meio ambiente.

O INCA e a Rede Global de Fundo Mundial de Pesquisa contra o Câncer (WCRF) lançaram em 2009 um Sumário Executivo de Política e Ações para Prevenção do Câncer no Brasil (2009) dentro do subtema: Alimentação, Nutrição e Atividade Física.

O documento objetiva demonstrar como a doença tem e pode ser controlada e prevenida no Brasil por meio de políticas públicas efetivas, pelos atores sociais – governo em todos os níveis, sociedade civil, empresas, mídias e os cidadãos protagonistas de práticas e beneficiários da prevenção e promoção contra o câncer.

O trabalho aponta o crescente sedentarismo advindo da mudança para as cidades maiores, o consumo em quantidade crescente de bebidas e alimentos industrializados - fenômeno mundial.

Aspectos exógenos como padrões alimentares, transporte motorizado, subsídios para a agricultura, falta de padrões alimentares adequados em escolas, além de questões mais abrangentes como globalização econômica, clima e impacto da recessão nos sistemas de alimentação geraram a categorização dessas forças em: ambientais, econômicos e sociais.

O Sumário demonstra que no Brasil o câncer poderia ser prevenido com padrões alimentares e de atividade físicas mais saudáveis, conforme quadro a seguir:

¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Declaração elaboradas na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde.** Genebra, OMS, 1978.

Figura 1.

Estimativas de prevenção do câncer pela alimentação, nutrição e atividade física

Estimativas (FAP%)¹ da fração prevenível do câncer pela alimentação, nutrição, atividade física e gordura corporal² adequados no Brasil

	Por meio da alimentação, nutrição, atividade física e gordura corporal ² adequadas	Somente pela gordura corporal ^{2,3} adequada	
		Homens	Mulheres
Boca, faringe, laringe	63	-	-
Esôfago	60	20	26
Pulmão	36	-	-
Estômago	41	-	-
Pâncreas	34	25	14
Vesícula	10	3	15
Fígado	6	-	-
Colorretal	37	8	1
Mama	28	-	14
Endométrio	52	-	29
Próstata	N/A ⁴	-	-
Rim	13	10	16
Total para esses cânceres combinados	30	13	13
Total para todos os cânceres	19	-	-

Fonte: Fundo Mundial para Pesquisa contra o Câncer / Instituto Americano para Pesquisa do Câncer

1. Estes valores são percentuais calculados como Fração Atribuível Populacional (FAP) arredondados ao número inteiro mais próximo e são baseados em diversos pressupostos. Há uma margem de variação plausível em torno dessas estimativas pontuais, mas elas representam as estimativas mais prováveis.
2. Baseado nas conclusões do Relatório de Alimentação e Câncer do WCRF/AICR de 2007.
3. Estimados para aqueles cânceres dos quais a gordura corporal é uma das causas (baseado nas conclusões do Relatório de Alimentação e Câncer do WCRF/AICR de 2007)
4. Dados de exposição não disponíveis.

Fonte: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sumario_executivo_politicas_acoes_prevencao_cancer.pdf

Importante salientar que tal estudo aborda aspectos médicos de pesquisa sobre causas biológicas; informação ao público; programas educacionais; de vigilância, rastreamento e identificação precoce; além do tratamento médico, cirurgia e cuidados paliativos, todavia, o cerne baseia-se em estratégias pontuadas de recomendações e objetivos preventivos ao câncer diante da segurança de alimentação, nutrição e estímulo à atividade física.

Fatores como: acessibilidade, disponibilidade ou aceite de padrões alimentares, atividades físicas e aleitamento materno exercem seus efeitos no nível individual, e podem prevenir, ou diminuir, o surgimento da doença.

O estudo efetuou em caráter global com 50 tópicos, dos quais sistematizamos em um quadro apenas aqueles contextualizados ao Brasil, seus atores, objetivos e recomendações observadas *in loco*. Abaixo as informações:

Quadro 1.*Ações Preventivas Recomendadas ao Brasil*

ATOR	OBJETIVO	RAZÕES	PARA REALIDADE BRASILEIRA
ORGANIZAÇÕES MULTINACIONAIS	<i>Criar e promover estratégias coordenadas que protejam a saúde pública por meio da alimentação, nutrição e atividades físicas</i>	<i>Responsáveis por poderosas decisões que determinam a natureza dos sistemas alimentares e promovem o comércio internacional afetam diretamente a prevenção e o controle do câncer e de outras doenças crônicas.</i>	<i>Nosso sistema alimentar é profundamente afetado por acordos internacionais econômicos, do comércio e da agricultura. Estes trazem impactos na saúde pública com grandes propriedades de terra e florestas transformadas para criação de gado, e monoculturas como cana-de-açúcar e soja. Recomendável incentivo aos pequenos agricultores e agricultura familiar que produzem alimentos saudáveis contribuindo para criação de empregos e na atividade física própria do campo.</i>
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL	<i>Criar, defender e desenvolver políticas e ações sustentáveis que assegurem alimentação saudável, nutrição e atividade física para todos</i>	<i>Criar, monitorar e pressionar os governantes e outros atores (multinacionais, indústria, mídias, escolas, trabalho, profissionais em saúde e organismos da sociedade civil) a implementar políticas e programas efetivos para a nutrição e atividade física.</i>	<i>Neste item o Brasil historicamente abrigou fóruns mundial e nacional em rede com Organizações Sociais e Universidades para formulação e implementação da Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN). Possui mecanismos como Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) que coordena os trabalhos com o governo e assessoria da Presidência da República sobre questões alimentares e nutricionais, além do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, assim prontos para implementar políticas e programas efetivos para a nutrição e atividade física</i>
GOVERNO	<i>Usar a legislação, controle de preços e outras políticas em todos os níveis governamentais para promover padrões saudáveis de alimentação e atividade física</i>	<i>Examinar, auditar, revisar a legislação e regulamentações para que elas protejam a saúde pública e previna doenças, inclusive o câncer. Garantir ambientes internos planejados que facilitem atividade física, restrição de propaganda e marketing de alimentos processados e bebidas açucaradas as crianças quer por televisão, outras mídias e nos comércios</i>	<i>Muitas metrópoles brasileiras demonstram a hostilidade ao transeunte e perigo constante (calçadas estreitas, ausência de sinalização, tráfego intenso de veículos, falta de parques e espaços abertos), implicam diretamente no desestímulo à atividade física e indiretamente, também, no aumento de sobrepeso e obesidade. Forma rápida de solução seria interdição à noite e aos finais de semana de ruas secundárias para prática de caminhada, andar de bicicleta. Cuidados na alimentação infantil propicia um adulto saudável, assim, a restrição de propagandas de alimentos e bebidas processadas contribui para a redução de sobrepeso na infância e previne quando adulto a obesidade, com doenças cardiovasculares e cânceres comuns.</i>

ATOR	OBJETIVO	RAZÕES	PARA REALIDADE BRASILEIRA
INDÚSTRIA	Enfatizar a prioridade dada à saúde pública, incluindo a prevenção do câncer, no planejamento e em ações estratégicas	Indústria Alimentar - fazer da saúde pública uma prioridade explícita em todos os estágios dos sistemas alimentares, incluindo pesquisa, desenvolvimento, formulação e reformulação, e promoção de produtos. Indústria da atividade física - promover bens e serviços que incentivem pessoas de todas as idades a participarem de atividades físicas sem competições. Indústria de entretenimento e lazer - priorizar produtos e serviços de entretenimento fisicamente ativos.	Indústria de alimentos e bebidas-colaborar para a proibição de propagandas, promoções e fácil acesso a bebidas e alimentos não saudáveis às crianças. Há uma correlação explícita entre o aumento de crianças brasileiras com sobrepeso e obesidade desde 1980 e o aumento do consumo de produtos <i>ultraprocessados</i> . O uso da lei possibilita e incentiva pais e escolas a garantir uma alimentação saudável para crianças. Necessário protocolo acordado por todos os atores, que especifiquem metas definidas e prazos para garantir alimentos saudáveis e economicamente acessíveis em todas as comunidades.
MÍDIA	Sustentar o aumento da cobertura sobre saúde pública, bem estar e sobre a prevenção da obesidade e doenças crônicas, incluindo o câncer.	Manutenção das diversas mídias na promoção de cobertura positiva e construtiva de questões de impacto na saúde pública com esclarecimentos, controle e prevenção do câncer. Existência de muitas coberturas focadas em possíveis tratamentos bem sucedidos de doenças sem comprovação, informações sobre ocorrências ou epidemias de doenças microbiológicas, notícias sobre privação e desnutrição repentinas e excesso de reportagens como tratamentos estéticos e de emagrecimento.	Toda mídia-enfatizar notícias, reportagens e campanhas planejadas para promover a saúde pública, prevenir o câncer e contextualizar a cobertura sobre saúde. O desafio e a oportunidade para a mídia no Brasil, está em promover o reconhecimento de doenças crônicas, como os cânceres que são comuns hoje em dia e se tornaram epidêmicos nas décadas mais recentes, podem ser evitadas a partir de atitudes individuais e também por meio de parcerias. Dado ao forte interesse em questões de saúde, tais campanhas têm grande chance de serem comercialmente atraentes.
ESCOLAS	Tornar sistemas alimentares, alimentos, nutrição e a prática regular de atividade física partes essenciais da vida escolar e do aprendizado	Um bom conhecimento do valor de uma alimentação saudável pode ampliar as experiências práticas de consumir refeições adequadas e deliciosas na escola, aprendendo sobre nutrição como parte do currículo básico (conhecimento sobre os sistemas alimentares, seu processamento, informações do rótulo) e por aulas práticas culinárias. Incentivo a práticas físicas auxiliariam a combater o sobrepeso, a obesidade infantil e o diabetes precoce, problemas de saúde pública mundo afora.	No Brasil temos o Programa Nacional de Alimentação Escolar criado para garantir uma alimentação saudável nas escolas, todavia necessita de apoio dos governos nacional, estadual e municipal. Constantemente há uma pressão das indústrias para incluir alimentos industrializados no Programa e a terceirização de sua gestão para companhias privadas. É necessário fortalecer os Programas de Aquisição de Alimentos de pequenos agricultores locais, que beneficiam a alimentação escolar e a condição de vida das famílias das áreas rurais. Incorporar a alimentação e nutrição (incluindo a preparação dos alimentos e habilidades culinárias) e a educação física no currículo escolar obrigatório. Apontada o Sumário que questões relacionadas à alimentação e nutrição também deveriam ser vistas em suas múltiplas dimensões – social, econômica, ambiental e individual. O Programa Saúde na Escola, de iniciativa dos Ministérios da Saúde e Educação, foi planejado para atingir esta abordagem mais ampla.

ATOR	OBJETIVO	RAZÕES	PARA REALIDADE BRASILEIRA
LOCAIS DE TRABALHO E INSTITUIÇÕES	Instituir e implementar políticas que promovam atividades físicas, refeições e peso corporal saudáveis.	O dever dos empregadores e daqueles que são responsáveis por instituições de cuidar, implica em fazer todo possível para apoiar escolhas saudáveis.	Motivar o aleitamento materno ininterrupto oferecendo ambientes e contratos empregatícios que possam dar suporte, além de acesso a creches. Não permitir máquinas de venda de alimentos que oferecem produtos ricos em açúcar, gordura, sal ou bebidas açucaradas, e retira tais <i>fast foods</i> e bebidas dos refeitórios e cantinas.
PROFISSIONAIS DE SAÚDE E OUTROS PROFISSIONAIS	Conduzir a prática profissional de modo a alcançar o potencial para promover a saúde, incluindo a prevenção do câncer.	Todos os profissionais relacionados precisam estar conscientes da vital importância da saúde pública na sociedade, profissionais da saúde, professores, jornalistas responsáveis pela educação e informação, e, principalmente aqueles cujo papel é de planejar ambientes construídos e sistemas alimentares e de abastecimento.	Profissionais da Saúde-priorizar a saúde pública incluindo a prevenção do câncer, e a alimentação, nutrição e atividade física no treinamento, prática e desenvolvimento profissional. Treinamentos médicos sistemáticos em nutrição e atividade física são incomuns, praticamente inexistentes. Os órgãos governamentais responsáveis pelo treinamento acadêmico e cursos, têm a responsabilidade de reconhecer e mudar essa situação
PESSOAS	Atuarem como membros de famílias e comunidades, e como cidadãos, e não somente como clientes e consumidores, para alcançar modos de vida saudáveis.	As pessoas fazem a diferença, membros ou lideranças de grupos exercem influência e amplificada pela mídia, podem ter um efeito decisivo e duradouro na política e ações dos governos e das indústrias. Incluímos aqui agentes de saúde.	Garantir que a boa saúde individual, doméstica, familiar e comunitária e a proteção contra doenças sejam assumidas como prioritárias no momento de tomar grandes decisões. O SUS é uma conquista extraordinária nos níveis federal, estadual, municipal e comunitário. Porém, há um limite em relação ao que os serviços de saúde podem fazer para proteger a saúde da população e do indivíduo. Modos de vida saudáveis são a melhor primeira linha de proteção. A prevenção de doenças e a promoção da saúde e bem estar são de responsabilidade das próprias pessoas, individualmente e em parceria.

Fonte: elaborado pela autora

Para além das recomendações é necessária, também, a atenção na eliminação ou redução da exposição aos agentes cancerígenos ligados ao trabalho e ao meio ambiente, citamos: benzeno, agrotóxicos, sílica, amianto, formaldeído e radiação.

Ações que visem a alimentação, controle ou redução de riscos físicos, químicos e biológicos, que intervêm diretamente sobre fatores determinantes socioeconômicos e de detecção precoce do câncer.

A prevenção ao câncer necessita da integração de políticas públicas por presupor a tutela de direitos fundamentais com o fim de proporcionar uma vida digna saudável, como, por exemplo:

- I. Saúde e alimentação: a partir do incentivo aos pequenos agricultores e à agricultura familiar para a produção de alimentos saudáveis, contribuindo para criação de empregos e na atividade física própria do campo, assim como legislar para limitar o consumo de produtos ultraprocessados;
- II. Saúde, alimentação, transporte, segurança e esporte: Criar programas efetivos para a nutrição e atividade física;
- III. Saúde e educação: elaborar campanhas para promover a saúde pública, prevenir o câncer e contextualizar a cobertura sobre saúde. Aprimorar políticas públicas como o Programa Nacional de Alimentação Escolar criado para garantir uma alimentação saudável nas escolas e fortalecer os Programas de Aquisição de Alimentos de pequenos agricultores locais, que beneficiam a alimentação escolar e a condição de vida das famílias das áreas rurais;
- IV. Saúde e educação: inclusão, na grade curricular, dos riscos de uma alimentação inadequada, estudo de sua formulação e rotulagem, atividades práticas culinárias e risco exógenos. Estímulo aos esportes e atividades físicas;
- V. Conscientização e redução de riscos: conscientização dos profissionais de saúde, principalmente, médicos sobre a prevenção e hábitos saudáveis, além do fortalecimento da vigilância epidemiológica e sanitária, que são em última instância – vigilância em saúde.

Apesar de um sumário desenvolvido há mais de dez anos atrás, o que se constata são aspectos relevantes na prevenção primária, que colaboram para redução de custo elevado em tratamentos clínicos, farmacológicos, cirúrgicos e de recuperação.

Essa gama de ações preventivas arrasta consigo, repita-se, uma noção de interdisciplinaridade, ou seja, de atuação em equipes de especialistas técnicos sobre um tema, com caráter de conjunto dentro de um órgão, e nas ações multidisciplinares, as quais visam avaliar o tema de maneira independente dentro de seu contexto, nesse caso com envolvimento de outros órgãos por afinidade indireta sobre o alvo do estudo. Ao pontuar essa cisão conceitual, reforçamos uma compreensão mais ampla, importante para efetividade da política.

A detecção precoce, como prevenção secundária, por meio de rastreamento e diagnóstico a partir de Avaliações Tecnológicas de Saúde é outro ponto relevante no combate ao câncer.

E nesse sentido, verificamos, no início, a existência de legislações voltadas à garantia de assistência, diagnóstico e início do tratamento de câncer, porém o sistema apresenta gargalos que se mostram evidentes há muito tempo. Ao demonstrar a ausência de cumprimento prático à legislação, entendido como desenho da política pública na garantia efetiva de saúde, temos recente decisão do Tribunal de Contas da União (TCU).

Informações detectadas em Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) do TCU, no período de 2018-2019, estão assentadas (Acórdão nº 1.944/2019-TCU-Plenário), a dificuldade de acesso aos serviços de diagnóstico, relacionados à disponibilidade de serviços, médicos especializados e de equipamentos, principalmente em sua distribuição geográfica.

Aspectos como baixa remuneração da tabela de prestação de serviços e ausência de informações qualificadas do paciente em sua trajetória no tratamento constam ainda da fundamentação do acórdão.

Todavia, o mais relevante para este estudo é a constatação da demora para a realização de consultas e exames necessários à investigação do câncer, a dificuldade do diagnóstico da doença no momento oportuno e a consequente violação à previsão legal da Política Nacional para Prevenção e Controle do Câncer-PNPCC, nos termos do decisório, influenciando no crescimento progressivo de mortalidade por câncer nos últimos anos no Brasil.

Nesse ponto, visualizamos parte da construção do Plano Estratégico do INCA, que indicou ações sobre o gargalo na rede de atenção à saúde, de maneira a contribuir na discussão sobre a reorganização do fluxo de atendimento em tempo oportuno, com ampliação da oferta.

O Conselho Nacional de Saúde também discutiu o tema voltado à tecnologia por meio da proposta de parlamentares em investimento em tecnologia para melhor prevenção e tratamento do câncer. Implantação de prontuários eletrônicos, bem como a implantação da telemedicina, essa última impulsionada pela pandemia de covid-19.

Se de uma forma geral verificamos lacuna entre a legislação e a desejável efetividade de prevenção; vimos também ações na tentativa corretiva delas.

Temos um bom exemplo de sucesso na promoção e prevenção ao câncer de mama feminino.

3.3 A Campanha Outubro Rosa: uma política pública de prevenção

Essa ação promocional nomeada como a Campanha Outubro Rosa foi criada pela Lei Federal nº 13.733/2018, a qual prevê ações anuais de conscientização sobre o câncer de mama, com a obrigatoriedade de promoção da cor, de palestras, eventos

e atividades educativas, além de divulgação de campanhas de mídia e panfletos ilustrativos e exemplificativos sobre a prevenção ao câncer, é um exemplo bem-sucedido e aplicado de prevenção primária. Tal ação surge de um movimento internacional criado pela Fundação *Susan G Komem for the Cure*, que passou a distribuir laços cor-de-rosa para participantes da primeira Corrida pela Cura, realizada em Nova York, na década de 1990.

A mera conscientização da doença e a desmistificação do autoexame claramente divulgada tornam atos simples promissores à saúde da mulher. E, demonstram a importância de ações coordenadas para efetividade da política pública.

O Outubro Rosa também agregou ações estaduais como no Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, entre outros.

No caso de São Paulo, temos a Lei nº 16.046/2015, que inclui a campanha no calendário oficial do Estado. Já a Lei nº 16.760/2018 autoriza o Executivo a implantar centros de alta “resolutividade” (*Cares*) para o diagnóstico de câncer de mama.

Importante também lembrar que próximo ao mês de outubro inicia-se as carretas da mamografia promovida pelo programa *Mulheres de Peito*, prevista na Lei Estadual nº 15.689/2015.

Não por acaso, hábitos saudáveis também estão ligados à prevenção do câncer de mama, conforme INCA (publicação de 1 de outubro de 2021), e isso significa reduzir sua incidência em 13% e poupar mais de R\$ 100 milhões do SUS¹⁵.

Pode parecer pouco numericamente (cerca de 8 mil casos), porém, a perspectiva anual e financeira além da própria vida, destroem eventuais resistências.

Nesse estudo a redução de fatores de risco comportamental especialmente a prática de atividade física evitaria 5% dos casos de câncer de mama.

Em 2019, os gastos diretos do SUS atribuídos ao câncer de mama foram de R\$ 848 milhões (22,8% dos gastos diretos com o tratamento oncológico de todos os tipos de câncer). Nas próximas duas décadas, o número de casos deve crescer 47% e os gastos federais terão acréscimo de 100%. Por isso, o diagnóstico da necessidade de investimentos na prevenção primária da doença.

É importante que se registre que ações preventivas são necessárias ao cumprimento da redução de mortalidade por cânceres mais incidentes como de mama e do colo do útero, que integram o compromisso do Brasil na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Mas, também é importante salientar que as desigualdades regionais e de faixas de renda são reincidentes nos levantamentos de acesso das mulheres ao rastreamento da doença. Chegando-se a constatar que 24,9% das mulheres na faixa de maior risco (50-69 anos), nunca fizeram mamografia no País, pior resultado na região Norte do Brasil.

¹⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/noticias/2021/habitos-saudaveis-podem-reduzir-incidencia-de-cancer-de-mama-em-13-e-poupar-mais-de-r-100-milhoes-do-sus>. Acesso em: 1 jan. 2023.

Esses dados retratam as diferenças entre as regiões do país, não só para prevenção do câncer de mama, mas como desafio a todas as políticas públicas de saúde em âmbito nacional.

Ter comprometimento dos governantes nos diversos níveis na busca de ações preventivas e visão da implicação de economia possível apenas no combate ao câncer é essencial.

3.4 Economicidade na Aplicação da Prevenção no Câncer

Como visto, ações preventivas geram economia no tratamento do câncer de forma geral, a afirmação é redundante e lógica, todavia, vale nos debruçarmos sobre os números.

Em estudo inédito da Agência Internacional para Pesquisa sobre o Câncer (IARC) da OMS, o custo das perdas em produtividade por morte prematura por câncer em economias emergentes gerou prejuízos em 2012 de 46,3 bilhões de dólares no Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (BRICS)¹⁶.

Essas cinco nações representam 40% da população mundial e registram 42% de todas as mortes por essa enfermidade.

Concluiu o estudo que o impacto do câncer na economia mostra a urgência de se prevenir os casos, conforme a médica líder da análise, Alison Pearce.

A China registra o maior número de perdas – 28 bilhões de dólares, com maior incidência de câncer de fígado devido a casos de hepatite B e ingestão de alimentos expostos a aflatoxinas¹⁷.

No Brasil, chamou atenção as consequências do uso do tabaco, responsável pelo câncer de pulmão.

De maneira geral, é sugerido aos países do BRICS políticas que estimulem mudança de comportamento e aumento da cobertura vacinal contra a hepatite B e o HPV.

No Brasil, os custos são elevados, apesar da redução da prevalência de fumantes, cerca de 20 milhões de pessoas ainda fumam.

Segundo o INCA, em pesquisa de 2020, a dependência da nicotina causa 157 mil mortes, gerando um custo anual para a sociedade brasileira de cerca R\$ 57 bilhões. Desse total de mortes, 12,6% estão relacionados ao tabaco, sendo 21,4% de todas as mortes por câncer, 74% das ocasionadas por doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), 18% das mortes por doenças coronarianas (angina e

¹⁶ Disponível em: <https://brasil.un.org/PT-br/79083-cancer-gera-us-46-bilhoes-em-perdas-de-productividade-nos-brics>. Acesso em: 1 dez. 2022.

¹⁷ Metabólicos secundários, produzidos por cepas de fungos, que se desenvolvem naturalmente em produtos alimentícios, como amendoim, milho, feijão, arroz e trigo.

infarto) e 13% das mortes ocorridas por doenças cerebrovasculares (acidente vascular cerebral [AVC])¹⁸.

Assim, o fortalecimento do Programa Nacional de Controle do Tabagismo, através da promoção pelo método cognitivo comportamental, campanhas ativas e medicamentoso aplicado pelo SUS mostra-se o melhor caminho para o controle da dependência e redução dos custos próprios ao tratamento e hospitalização.

No caso dos cânceres colorretais (cânceres de intestino), foram gastos pelo SUS, em 2018, aproximadamente R\$ 545 milhões em procedimentos hospitalares e ambulatoriais para atender pacientes com câncer colorretal com 30 anos ou mais.

Estima-se que 30% dos casos podem ser evitados com alimentação saudável, prática de atividades físicas, abandono de bebidas alcoólicas¹⁹.

Em artigo do INCA, publicado em 27 de abril de 2022 e atualizada em maio de 2022, observamos que são estimados gastos totais com câncer de mama, colorretal e endométrio R\$ 2,5 bilhões em 2030 e R\$ 3,4 bilhões, em 2040 (gastos que incluem procedimentos hospitalares e ambulatoriais realizados pelo SUS) em pacientes oncológicos com 30 anos ou mais.

Segundo esses dados, o aumento da prática de atividades físicas poderá gerar uma economia de até R\$ 20 milhões com o tratamento em 2040. Para isso, um terço da população deveria se exercitar 150 minutos por semana, ou seja, menos de 25 minutos diários, até 2030²⁰.

Despesas do SUS com cânceres ligados ao excesso de peso são de 41,1% do investimento em tratamento oncológico. Dos recursos totais despendidos em 2018 – R\$ 3,4 bilhões, 41% (R\$ 1,4 bilhões) foram em terapêuticas contra cânceres associados ao excesso de peso, como tumores malignos de mama, intestino grosso (colorretal) e endométrio. A maioria dos cânceres tem origem multifatorial, mas de uma dúzia de evidências científicas associadas ao excesso de peso. Evitáveis em parte, por meio de alimentos saudáveis e controlados.

A coleta de dados e informações de organismos técnicos indica de forma clara que investir na promoção de ações saudáveis; controlar itens de produção e consumo alimentar; além da conscientização, geram economia para além do adoecimento e tratamento, melhoram o desempenho produtivo do país e evitam custos com as sequelas da doença e seu tratamento.

¹⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/canais-de-atendimento/imprensa/releases/2020/inca-lembra-dia-nacional-de-combate-ao-fumo-com-webinar-e-apresentacao-de-novo-estudo>. Acesso em: 1 jan. 2023.

¹⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/noticias/2021/tendencia-de-aumento-do-numero-de-casos-de-cancer-de-intestino-exige-estrategias-de-prevencao>. Acesso em: 10 jan. 2023.

²⁰ Disponível em: <http://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/noticias/2022/gastos-do-sus-com-canceres-que-poderiam-ser-prevenidos-com-atividade-fisica-chegarao-a-r-2-5-bilhoes-em-2030>. Acesso em: 10 jan. 2023.

4. ORÇAMENTO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

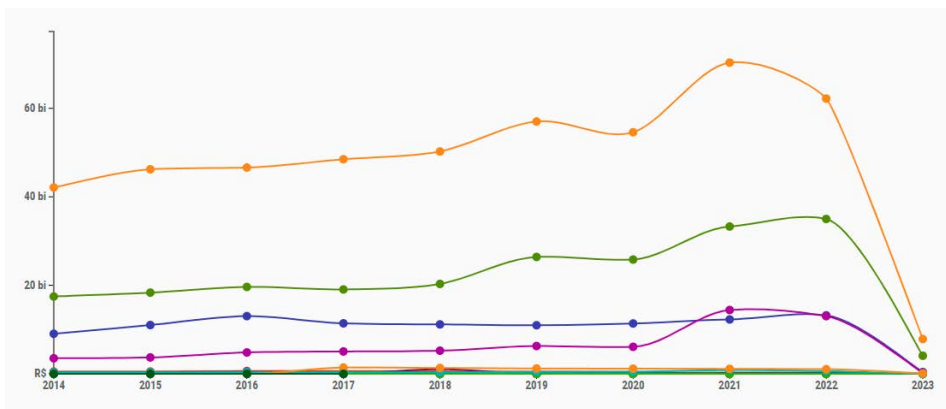
Com o objetivo de analisar o orçamento da política pública, efetuamos consulta ao sítio²¹, em pesquisa filtrada de período: 2018-2023 localizado órgão: Ministério da Saúde e *Programa Orçamentário: 0011-Prevenção e controle do câncer e assistência oncológica*, porém, não foi localizada dotação orçamentária específica.

Diante da ausência de linha específica pertinente à prevenção do câncer e considerando sua locação em algumas subfunções, mapeamos os valores mais significativos, ao longo dos anos.

As ações preventivas são executadas de formas fracionadas entre os responsáveis, como, por exemplo, vacina para diminuir o risco de contágio pelo HPV, alimentação saudável, promoção de campanhas de conscientização (isto é, outubro rosa, contra o tabaco, prevenção do câncer de próstata), entre outras ações.

Figura 2.

Evolução história de verba direcionada à assistência hospitalar e ambulatorial



Fonte: elaborado pela autora²²

Em rápida análise, verificamos que os valores disponibilizados à Política Pública estão dispersos em subfunções do Ministério da Saúde (ver parágrafo acima), que envolvem Vigilância Epidemiológica, Vigilância Sanitária, Assistência Hospitalar

²¹ Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/orcamento/despesas?paginacao>. Acesso em: 10 fev. 2023.

²² Na evolução histórica consta-se a maior verba à assistência hospitalar e ambulatorial, seguido pela atenção básica, em verde; a linha azul para suporte profilático e terapêutico, da vigilância epidemiológica - roxo, em laranja outros encargos especiais. *retirados gastos com a administração geral (voltados a entidades sociais, empresas, além de remuneração do sistema previdenciário próprio). Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2023>. Acesso em: 1 fev. 2023.

e Ambulatorial, Preservação e Conservação Ambiental, além de outros, cuja relevância em bilhões tornam-se imperceptíveis.

Já com vistas à verificação de uma linha mais específica de receitas e despesas com serviços especializados em cuidados e tratamentos oncológicos, repassamos os orçamentos e despesas na ação-INCA, disponibilizados no sítio da instituição somente de 2020-2022:

Quadro 2.

Orçamento anual – 2020

Ação	Título	Dotação Inicial	Dotação Suplementar	Dotação Cancelada e Remanejada	Dotação Atualizada
8758	Aperfeiçoamento, Avaliação e Desenvolvimento de Ações e Serviços Especializados em Oncologia - INCA	320.800.000,00	0,00	0,00	306.441.528,33
8585*	Atenção à Saúde da População para Procedimentos em Média e Alta Complexidade	99.868.055,00	0,00	0,00	100.863.373,64
TOTAL		425.899.259,00	0,00	0,00	407.591.816,76

Fonte: elaborado pela autora

*Dotação estimada com base no montante de recursos previstos mediante descentralização do crédito orçamentário por parte da unidade responsável pela ação.

Quadro 3.

Despesas por Ação Orçamentária

Grupo de natureza da despesa	Ação	Título	Provisão recebida	Despesas empenhadas (controle empenho)	Despesas liquidadas (controle empenho)	Despesas pagas (controle empenho)
Outras despesas correntes	8585	Atenção a saúde da população para procedimentos em média e alta complexidade - Despesas diversas	89.697.900,19	89.697.900,19	87.436.211,09	86.815.236,34
Outras despesas correntes	8758	Aperfeiçoamento, Avaliação e Desenvolvimento de Ações e Serviços Especializados em Oncologia - INCA	282.606.317,43	282.606.317,43	223.138.541,97	197.516.975,51

Fonte: elaborado pela autora

Quadro 4.*Orçamento anual – 2021*

Ação	Título	Dotação Inicial	Dotação Suplementar	Dotação Cancelada e Remanejada	Dotação Atualizada
8758	Aperfeiçoamento, Avaliação e Desenvolvimento de Ações e Serviços Especializados em Oncologia - INCA	416.545.335,00	0,00	0,00	415.461.300,90
8585*	Atenção à Saúde da População para Procedimentos em Média e Alta Complexidade	1.800.000,00	0,00	0,00	1.604.364,45
8535	Estruturação de Unidades de Atenção Especializada em Saúde - Despesas Diversas	0,00	0,00	0,00	690.347,00
TOTAL		418.522.335,00	0,00	-	418.143.777,86

Fonte: elaborado pela autora

*Dotação estimada com base no montante de recursos previstos mediante descentralização do crédito orçamentário por parte da unidade responsável pela ação.

Quadro 5.*Despesas por Ação Orçamentária*

Grupo de natureza da despesa	Ação	Título	Provisão recebida	Despesas empenhadas (controle empenho)	Despesas liquidadas (controle empenho)	Despesas pagas (controle empenho)
Investimentos	8755	Aperfeiçoamento, Avaliação e Desenvolvimento de Ações e Serviços Especializados em Cardiologia - INCA	0,00	0,00		
Investimentos	8758	Aperfeiçoamento, Avaliação e Desenvolvimento de Ações e Serviços Especializados em Oncologia - INCA	21.197.315,55	21.197.315,55	4.418.578,54	3.960.760,54
Outras despesas correntes	8758	Aperfeiçoamento, Avaliação e Desenvolvimento de Ações e Serviços Especializados em Oncologia - INCA	394.263.985,35	394.263.985,35	332.733.492,77	304.677.902,10
Outras despesas correntes	8585	Fundo de Ações Estratégicas e Compensação - FAEC	1.604.364,45	1.604.364,45	1.472.975,45	1.472.975,45

Fonte: elaborado pela autora

Quadro 6.

Orçamento anual – 2022

Ação	Título	Dotação Inicial	Dotação Suplementar	Dotação Cancelada e Remanejada	Dotação Atualizada
8758	Aperfeiçoamento, Avaliação e Desenvolvimento de Ações e Serviços Especializados em Oncologia - INCA	424.713.738,00	0,00	0,00	424.713.738,00
TOTAL		425.040.738,00	0,00	0,00	425.057.628,68

Fonte: elaborado pela autora

*Dotação estimada com base no montante de recursos previstos mediante descentralização do crédito orçamentário por parte da unidade responsável pela ação.

Quadro 7.

Despesas por Ação Orçamentária (Movimento acumulado até o mês de dezembro de 2022)

Grupo de natureza da despesa	Ação	Título	Provisão recebida	Despesas empenhadas (controle empenho)	Despesas liquidadas (controle empenho)	Despesas pagas (controle empenho)
Investimentos	8758	Aperfeiçoamento, Avaliação e Desenvolvimento de Ações e Serviços Especializados em Oncologia - INCA	14.658.215,93	14.658.215,93	3.860.380,00	3.504.380,00
Outras despesas correntes	8758	Aperfeiçoamento, Avaliação e Desenvolvimento de Ações e Serviços Especializados em Oncologia - INCA	392.502.017,57	392.502.017,57	343.359.502,67	302.950.774,92

Fonte: elaborado pela autora

O orçamento do INCA é mais específico nas linhas dos serviços especializados, assim significativo para uma mínima noção de destinação de recursos.

Verificamos coerência de gastos – despesas correntes em razão das dotações estimadas aos títulos.

As cifras são baixas diante dos valores constantes do orçamento do MS, porém esse Instituto é apenas um de outros envolvidos no orçamento ministerial, conforme mencionado anteriormente.

Há dados disponíveis no site eletrônico do Governo Federal, porém, aparentemente não há uma linha clara de financiamento de atividades preventivas no âmbito do SUS, incluindo as políticas públicas de prevenção do câncer. Seria importante

aperfeiçoar o sistema de informação nos termos da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), propiciando a disponibilidade dos dados de forma transparente e aberta, incluindo ações executadas pela administração direta e terceirizadas.

5 CONCLUSÃO

(i) Este estudo visa lançar um olhar sobre a importância da promoção e prevenção ao câncer, com foco nos cuidados de prevenção primária a partir de estímulos às ações promocionais de saúde em busca de indicações para melhoria da vida das pessoas visando a redução dos riscos do desenvolvimento da enfermidade, com o fim de concretizar com qualidade e segurança o direito fundamental à saúde, como um completo estado de bem-estar físico, mental e social.

(ii) É necessário superar o entendimento de boa parte do inconsciente coletivo voltado ao tratamento medicamentoso e cirúrgico, como demonstram os inúmeros processos judiciais que limitam a análise dos temas a tratamentos e medicamentos de alto custo.

(iii) O Relatório Mundial da Saúde sobre o tema sustenta que a prevenção tem uma razão de custo-efetividade favorável e reduz a necessidade de tratamentos subsequentes, mais onerosos conforme o agravamento da doença, com o fim de evitar a doença e possibilitar o tratamento precoce.

(iv) Essa relação foi também aplicada na base do estudo efetivado pelo TCU, que observa o crescente aumento de mortalidade por câncer no país.

(v) A prevenção ao câncer implica na consecução de políticas públicas integradas por implicar em ações sociais, educacionais, psicológicas, culturais e do meio ambiente de espectro amplo, como, por exemplo, hábitos e ações que façam diferença, dos quais destacamos: o combate ao tabagismo e alto consumo de bebidas alcoólicas, atividades físicas, alimentação saudável, conscientização da prevenção na educação escolar, estímulo à autoproteção como utilização de filtros solares, redução à exposição solar excessiva, cuidados nos ambientes de trabalho, proteção ao meio ambiente de agrotóxicos ou elementos condenados pela vigilância em saúde.

(vi) O Brasil possui uma política pública estruturada de prevenção ao câncer, denominada Política Nacional Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer (PNPCC), instituída na Portaria nº 874/2013, vinculada à Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do SUS, com várias ações de utilidade pública preventiva realizadas pelo Instituto Nacional de Câncer (INCA).

(vii) Formalmente, a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer (PNPCC) tem uma modelagem moderna e deve ser mantida como um bom instrumento para garantir ações em longo prazo.

(viii) A integração das interdisciplinaridades/intersetoriais entenda-se como conceito do aspecto preventivo SUS, nas áreas de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, ambiental e de assistência hospitalar e ambulatorial. Também deve ser

vista na generalidade a convergência de políticas públicas das várias pastas ministeriais engajadas de maneira multidisciplinar ao tema prevenção em câncer, por exemplo, da Educação, Ambiente, Gestão e Inovação em Serviços Públicos, Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome e Agricultura. Para além do ideal, é necessária uma sinergia ao longo do tempo, que possibilite a eficiência do programa.

(ix) Por outro lado, faz-se necessário aperfeiçoar avaliação de desempenho dos programas a partir da coleta e disponibilização de informações mais precisas sobre os resultados alcançados (evidências) com o fim de dar mais transparência e clareza aos tipos de campanhas efetuadas e os respectivos custos orçamentários, considerando as pactuações regionais celebradas e gerenciadas nos colegiados regionais da saúde, principalmente, no que se refere à prevenção do câncer.

(x) Enfim, é recomendável aprimorar a avaliação de desempenho das ações preventivas de forma rigorosa, com ênfase na conjugação da qualidade-custo-benefícios das campanhas efetuadas, a partir da disponibilidade de dados estatísticos coesos e transparentes, que possam ser monitorados pela sociedade, por instituições acadêmicas e instâncias deliberativas do SUS, em todos os níveis federativos. O processo pedagógico das campanhas além de melhorar o nível de saúde da comunidade em geral, é uma ferramenta muito útil para aprimorar as ações preventivas do SUS e evitar a judicialização desmedida do tema.

E nesse aspecto, digno de exaltação a política pública de criação do SUS, que assegura sem sombra de dúvida acesso universal e igualitário às ações e aos serviços, dado a abrangência de suas diretrizes, merece fortalecimento e engajamento de todos (governo, organizações sociais, empresas, comunicação, educação e indivíduos).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Lúcio Meneses de. Da prevenção primordial à prevenção quaternária. **Revista Panamericana de Salud Publica**, Washington, DC, v. 23. n. 1, p. 91-96, 2005.

ALWAN, Ala'din. Noncommunicable diseases: a major challenge for public health in the region. **Eastern Mediterranean Health Journal**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 1-16, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional EC nº 29, de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2000. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2000/emendaconstitucional-29-13-setembro-2000-354961-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8142-28-dezembro-1990-366031-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos serviços de saúde em todo o território nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8080-19-setembro-1990-365093-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12527-18-novembro-2011-611802-publicacaooriginal-134287-pl.html>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.733, de 16 de novembro de 2018.** Dispõe sobre atividades da campanha Outubro Rosa. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13733-16-novembro-2018-787320-norma-pl.html>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. **Plano Estratégico do Instituto Nacional de Câncer, 2020-2023.** Rio de Janeiro: Inca, 2021. Disponível em: https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//plano_estrategico_2020-2023.pdf. Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. **Políticas e ações para prevenção do câncer no Brasil:** alimentação, nutrição e atividade física. [Sumário Executivo]. Rio de Janeiro: INCA, 2009. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/sumario_executivo_politicas_acoes_prevencao_cancer.pdf. Acesso em: 1 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 874, de 16 de maio de 2013.** Institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF; Ministério da Saúde, 2013. Disponível em https://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudefegis/gm/2013/prt0874_16_05_2013.html. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 4.279, de 30 de dezembro de 2010.** Estabelece diretrizes para a organização da Rede de Atenção à Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF; Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudefegis/gm/2010/prt4279_30_12_2010.html. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1944/2019**. Referente à fiscalização de contratos e à análise de auditoria. Brasília, 2019. Relator Augusto Nardes. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1944%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 27 set. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tomemos a sério dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991.

FALSARELLA, Christiane Mina. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em: <https://docplayer.com.br/210675-Reserva-do-possivel-como-aquilo-que-e-razoavel-se-exigir-do-estado.html>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FOWLER, Godfrey; GRAY, Muir. Opportunities for prevention in general practice. In: GRAY, Muir; FOWLER, Godfrey. **Preventive medicine in general practice**. Oxford: Oxford University Press, 1983.

JAMOULLE, Marc *et al.* Working Fields and prevention domains in general practice/Family medicine. **Docpatient**, [s. l.], 2000. Disponível em: <http://docpatient.net/mj/prev.html>. Acesso em: 1 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Genebra: OMS, 1946.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Declaração elaboradas na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde**. Genebra, OMS, 1978. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf. Acesso em: 1 dez. 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 15.689, de 28 de janeiro de 2015**. Torna permanente o programa de prevenção e combate ao câncer de mama denominado “Mulheres de Peito”. São Paulo: Diário Oficial do Estado, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-15689-28.01.2015.html>. Acesso em: 27 set. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 16.046, de 04 de dezembro de 2015**. Institui a campanha de prevenção do câncer de mama denominada mundialmente de “Outubro Rosa”, e dá outras providências. São Paulo: Diário Oficial do Estado, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-16046-04.12.2015.html>. Acesso em: 27 set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 11, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/algumas-consideracoes-em-torno-do-conteudo-eficacia-e-efetividade-do-direito-a-saude-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 10 jan. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. A Construção das Políticas Públicas de Saúde: competências administrativas, solidariedade processual e desafios para fortalecimento do SUS. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 147-159, 2015.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O Direito à Saúde. In: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo II: direito administrativo e constitucional. São Paulo: PUCSP, 2017, p. 17-18. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-saude_5a85fe85cb583.pdf. Acesso em: 19 set. 2022.

CONTROLE E TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO DE DADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A POLÍTICA PÚBLICA DE ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO EM SALA DE RECURSOS E ALUNOS EM ATENDIMENTO EM CLASSE REGIDA POR PROFESSOR ESPECIALIZADO – DA SECRETARIA ESTADUAL DE EDUCAÇÃO-SP

Control and transparency in the management of data by the public administration: a case study on the public policy of specialized educational assistance in resource rooms and students in classes governed by a specialized teacher - of the State Secretariat of Education – SP

Gilmar de Lima Moreira¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. *Big Data*; 3. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e Lei de Acesso à Informação (LAI); 3.1 Intersecção; 4 Princípio da Transparência; 5. Políticas Públicas; 5.1 Dados Educação; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este artigo tem a finalidade de analisar a intersecção criada entre a Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados no cumprimento do Princípio da Transparência na gestão do banco de dados na condução das políticas públicas. Para exemplificar a hipótese, apresentamos um estudo de caso de dados abertos sobre a política pública educacional do Estado de São Paulo referente ao *Atendimento Educacional Especializado em Sala de Recursos e Alunos em Atendimento em Classe Regida por professor Especializado*, no período de 2022. Foi possível constatar a efetividade das políticas públicas nessa área, com dados organizados e disponibilizados de forma transparente, respeitando a privacidade dos alunos.

Palavras-chave: Transparência. Governança. Dados abertos. Educação. LAI. LGPD. Políticas públicas.

ABSTRACT

This article aims to analyze the intersection created between the Access to Information Law and the General Data Protection Law in compliance with the Transparency Principle in database management in the conduct of public policies. To exemplify the hypothesis, a case study of open data is presented on the public educational policy of the State of São Paulo regarding Specialized Educational Assistance in the Resource Room and Students in Assistance in Class Conducted by a Specialized teacher, in the period of 2022. It was possible to verify the passage of public policies in this area, with data organized and made available in a transparent way, respecting the privacy of students.

Keywords: Transparency. Government management. Open data. Education. Brazilian Law on Access to Information (LAI). Brazilian General Data Protection Law (LGPD). Public policies.

¹ Advogado. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado. Graduado em Direito pela Universidade Paulista.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é estudar a intersecção criada entre a Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no cumprimento do Princípio da Transparência na gestão do banco de dados, na construção de políticas públicas.

O mais comum para ciência jurídica é analisar a questão da intersecção pelo lado da antinomia no aparente conflito de normas² (LGPD e LAI).

Contudo, neste artigo, veremos a intersecção sobre o ponto de vista da transparência dos dados, como são disponibilizados para não ferir a LGPD diante do cumprimento da LAI.

A análise parte da premissa da triagem dos dados que serão disponibilizados perante a sociedade, com foco nas normas da LGPD (nome do aluno, dos pais, endereço, boletim de notas, etc.), segundo será verificado se os dados expostos, nos termos das normas da LAI, são suficientes para possibilitar a auditoria interna e externa.

Ao mesmo tempo que o Poder Executivo deve fornecer dados aos cidadãos para cumprir o princípio da transparência e garantir a participação na vida democrática, deverá, também, resguardá-los de vazamentos de dados sensíveis, os quais são cobiçados pela indústria 4.0³, hackers e governos.

Dados são ativos, isso significa que são convertidos em dinheiro, criptomoedas, ouro, armas, tecnologias etc. *Ransomware*⁴ é o mais conhecido ataque hacker⁵, o qual sequestram bases de dados e pedem o resgate. Portanto, dados são sinônimo de poder, controle de massas. Agências *secretas* públicas e privadas ao redor

² *Antinomia aparente*, se os critérios para solucioná-la forem normas integrantes do ordenamento jurídico, logo não se teria de recorrer a critérios interpretativos não normativos. O intérprete ou o aplicador poderá conservar as duas normas incompatíveis, optando por uma delas. Tal conciliação se dá por meio da *subsunção*, mediante simples interpretação, aplicando-se um dos critérios de solução fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico (cronológico, hierárquico ou o da especialidade). Cf.: DINIZ, Maria Helena. A Antinomia Real e a Polêmica do Diálogo das Fontes. **Revista Jurídica Unicritiba**. Curitiba, v. 3, n. 53, p. 228-247, 2019.

³ Na Alemanha, há discussões sobre a “indústria 4.0”, um termo cunhado em 2011 na feira de Hannover para descrever como isso irá revolucionar a organização das cadeias globais de valor. Ao permitir “fábricas inteligentes”, a quarta revolução industrial cria um mundo onde os sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível. Isso permite a total personalização de produtos e a criação de novos modelos operacionais. Cf.: SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

⁴ Segundo a empresa de segurança da informação Trend Micro, um *ransomware* é um tipo de software malicioso que previne ou limita o acesso de um sistema pelo seu usuário, seja bloqueando a tela do sistema ou bloqueando os arquivos até que um resgate seja pago. CORUJA INFORMA. WannaCry: Como o *Ransomware* afetou o mundo? **Coruja Informa**, São Paulo, 2017.

⁵ O ATAQUE DE HACKERS ao maior oleoduto dos EUA que fez governo declarar estado de emergência. **BBC News Brasil**, São Paulo, 2021. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57055618>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

do planeta elaboram maneiras sofisticadas para reuni-los, por exemplo a espionagem delatada por Edward Snowden⁶.

A Lei Geral de Proteção de Dados⁷ positiva o dever do Estado de proteger os dados pessoais coletados e armazenados no “Big Data⁸” público, condição reconhecida como direito fundamental, artigo 5º, inciso XII, alínea a da CF/88.

Noutro giro, a Lei de Acesso à Informação⁹ garante direito de acesso à informação e regula o artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88.

Surge então um dilema: Como equilibrar o direito à informação em cumprimento ao Princípio da Transparência e, ao mesmo tempo, oferecer a proteção necessária no tratamento dos dados para assegurar a proteção dos dados pessoais?

A tecnologia impôs uma administração pública próxima ao cidadão, moderna, atualizada, a qual serve às pessoas serviços imediatos, líquidos.

Esta pesquisa será desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, doutrina, legislação, jurisprudência e principalmente artigos.

Precisamos apreender a evolução histórica do computador, internet, energia elétrica, dados, para entendermos que os dados de políticas públicas divulgados em respeito ao princípio da transparência são resultados da Intersecção.

Após ter a base teórica, veremos o princípio da transparência, o qual é o principal instrumento de controle realizado pelo cidadão, de políticas públicas, por isso o conceito teórico de dados é tão importante.

A seguir será realizado o comparativo entre a LGPD e a LAI, quais as finalidades e ferramentas criadas para sua concretização, inclusive, veremos a decisão do

⁶ Em 31 de julho, o “Guardian” publicou nova reportagem, mostrando que um sistema de vigilância secreto conhecido como XKeyscore permite à inteligência dos EUA supervisionar “quase tudo o que um usuário típico faz na Internet”. O sistema seria o de maior amplitude operado pela agência nacional de segurança americana. No fim de outubro, o “Washington Post” revelou que a NSA invadiu em segredo links de comunicação que conectam data centers do Yahoo e do Google ao redor do mundo, e teve acesso assim a dados de centenas de milhares de contas de usuários. O chairman do Google, Eric Schmidt, disse que denúncia é ultrajante e potencialmente ilegal se for verdade. ENTENDA O CASO de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA. **G1**, São Paulo, 2013.

⁷ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 59, 15 nov. 2018.

⁸ A definição de *big data* são dados que contêm maior variedade, chegando em volumes crescentes e com mais velocidade. Isso também é conhecido como os três Vs. Simplificando, big data é um conjunto de dados maior e mais complexo, especialmente de novas fontes de dados. Esses conjuntos de dados são tão volumosos que o software tradicional de processamento de dados simplesmente não consegue gerenciá-los. No entanto, esses grandes volumes de dados podem ser usados para resolver problemas de negócios que você não conseguiria resolver antes. Disponível em: <https://www.oracle.com/br/big-data/what-is-big-data/>. Acesso em 2 jan. 2023.

⁹ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 18 nov. 2011.

E. STF, na qual, em análise da antinomia aparente das normas (LGPD e LAI), realiza decisão sobre a não divulgação de banco de dados.

Com o conhecimento sumulado (Dados, Princípio da Transparência, comparativo entre LAI e LGPD), a intersecção entre as normas se torna visível e coerente, vê-se que as normas se harmonizam, e, é nesse momento que surge a transparência, que nada mais é do que a efetiva divulgação dos dados de políticas públicas ao cidadão.

Para exemplificar, analisaremos os dados da Política Pública de *Atendimento Educacional Especializado em Sala de Recursos e Alunos em Atendimento em Classe Regida por professor Especializado*, praticada pela Secretaria Estadual da Educação de São Paulo, referente ao ano de 2022.

Desse modo, integradas as informações detalhadas reunidas em um grande banco de dados, o Poder Executivo é protagonista na interação com o cidadão para colaborar com a construção de políticas públicas focadas em microssistemas: político, social, econômico e edição de leis, normas e regulamentos.

Portanto, as novas tecnologias exigem que a Administração Público se aperfeiçoe para cumprir seu dever de ser transparente, controlada, democrática, comunicativa, polida com a privacidade e apta a gerenciar integralmente o ciclo dos dados pessoais.

2. BIG DATA

Povos deixaram verdadeiras fontes de conhecimento. Os egípcios, sumérios, mongóis, romanos, hebreus e muitos outros e cada vez mais são descobertos novos dados de povos antigos.

Os dados sempre estiveram presentes na humanidade de diversas formas, por exemplo marcas de mãos, desenhos de animais em cavernas, nos primórdios da evolução, o que é cientificamente aceito¹⁰.

Quem poderia imaginar na Grécia Antiga que o mito da caverna de Platão¹¹ seria mundialmente conhecido e divulgado por uma rede global, a qual transmite uma série de pacotes com zeros e uns. Uma vez recebidos esse pacote pelo destinatário, converte-se a linguagem de computador para a linguagem humana¹².

O discorrido acima é a base do entendimento do que é a internet e o computador.

Tudo se inicia com a geração de energia, a matriz energética do Brasil é a hidroelétrica. Essa energia é transportada com alta tensão e baixa corrente, “quanto maior for o valor da corrente elétrica que queremos transportar, maior será a perda

¹⁰ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens. Uma breve história*. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 7.

¹¹ Extraído de A República, de Platão. 6. ed. Atena, 1956, p. 287-291. Disponível em: https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/10/platao_o_mito_da_caverna.pdf. Acesso em: 12 jan. 2023.

¹² PALMA, Luciano; PRATES, Rubens. *Guia de consulta rápida tcp/ip*. São Paulo: Novatec, 2000, p. 5.

de energia através da dissipação de energia nos fios. Por isso, é mais vantajoso transportar em tensões muito altas, com correntes mais baixas¹³.

Passado pelo transformador, geralmente já dentro das cidades, diminui-se a tensão, normalmente 110 Volts ou 220 Volts, e aumenta-se a corrente¹⁴¹⁵¹⁶.

Importante destacar que a corrente elétrica é o movimento uniforme dos elétrons.

Essas informações sobre a geração e transporte de energia são importantes para o entendimento de como o computador funciona, sendo que é essa energia que fará a *mágica* nos componentes do computador, 0 (zero) e 1 (um) ou ligado e desligado. Esses zeros e uns representam as informações binárias.

O computador chamado Eniac foi a gênese da computação, era enorme, ocupava uma sala inteira, com transistores e bobinas gigantes¹⁷¹⁸. Mas não existia a internet.

Durante a Guerra Fria, as forças militares da América do Norte encomendaram o estudo para a DARPA (agência de projetos de pesquisa avançada de defesa) para desenvolver uma rede de comunicação que funcionasse durante um bombardeio, mesmo que um alvo importante fosse atingido, a rede continuaria a funcionar¹⁹.

Daí surgiram os pacotes criptografados que poderiam ser encaminhados de um terminal a outro (zeros e uns, linguagem binária) e que, mesmo com vários pontos danificados, os demais continuariam a funcionar para levar o pacote com a informação ao destinatário final²⁰. O sistema se mostrou seguro, foi assim que surgiu a internet.

O Estado aderiu à modernidade e, portanto, passou a realizar a gestão pública de políticas públicas por meio de sistemas informatizados.

Assim que uma criança nasce o registro é realizado, normalmente, no próprio hospital. O Código Civil expressa os direitos do nascituro. Contudo, de fato, começa

¹³ “Transmissão de energia elétrica”. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/fisica/transmissao-energia-eletrica.htm>. Acesso em: 22 fev. 2023.

¹⁴ Hidrelétrica de Itaipu. Disponível em: <https://www.itaipu.gov.br/energia/transmissao>. Acesso em 13 jan.2023.

¹⁵ A geradora. Disponível em: <https://www.ageradora.com.br/como-a-energia-eletrica-chega-ate-sua-casa/> Acesso em: 13 jan. 2023.

¹⁶ A Segunda Lei de Ohm é uma expressão matemática que relaciona as propriedades físicas que interferem na resistência elétrica de um corpo condutor e homogêneo. Essa lei informa que a resistência elétrica de um corpo é diretamente proporcional ao seu comprimento e resistividade e inversamente proporcional à sua área transversal. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/fisica/segunda-lei-ohm.htm#:~:text=Essa%20lei%20informa%20que%20a,proporcional%20%C3%A0%20sua%20%C3%A1rea%20transversal>. Acesso em 22 fev. 2023.

¹⁷ GARCIA, Paulo Alves; MARTINI, José Sidnei Colombo. **Eletrônica digital: teoria e laboratório**. São Paulo: Érica, 2006.

¹⁸ MANDEL, Arnaldo; SIMON, Imre; LYRA, Jorge L. de. Informação: Computação e Comunicação. **Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 1997.

¹⁹ MUÑOZ, Jesus; TURNER, David. **Para os filhos dos filhos de nossos filhos: Uma Visão da Sociedade Internet**. São Paulo: Plexus, 1999, p. 27.

²⁰ *Idem*, p. 11.

a constar no banco de dados estatal, o *big data*²¹, a partir do registro de nascimento, em analogia ao que Rousseau chamou de contrato social²².

Logo, o Estado é o grande gestor desses dados. Depois do registro de nascimento, a pessoa poderá expedir a Certidão de Pessoa Física (CPF), Registro Geral (RG), Reservista, Título de Eleitor. Poderá realizar negócio jurídico, compra e venda, observados os requisitos legais.

Percebe-se a importância dos dados, portanto o banco de dados é alvo constante da cobiça de governos estrangeiros, pessoas físicas e pessoas jurídicas de natureza privada.

Com acesso à internet em qualquer lugar, pode-se adquirir uma máquina (smartphone, computador ou notebook) sem lastro com o nome do hacker e acesso à internet, quase sem rastros.

Com o sistema operacional Kali Linux²³, que contém várias ferramentas de invasão forçada em redes de *wi-fi*, e-mails ou credenciais, o hacker poderá utilizá-lo para acessar o banco de dados do SUS ou a rede de ensino, os quais contêm os dados de todos os brasileiros.

De posse desses dados o infrator poderá emitir documentos, dependendo do nível de sofisticação, poderá conseguir até segunda via de documentos.

Ademais, ele poderia abrir empresas de fachada, simular movimentação financeira e por fim, contrair empréstimos bancários, converter o dinheiro para alguma moeda digital e transferi-la para uma DEFI²⁴.

As DEFIS são grandes Exchange totalmente anônimas, e bem menos burocráticas do que a ilha Canários ou Singapura, paraísos fiscais. Uma vez lá (DEFI), as moedas digitais são totalmente anônimas, podendo ser validadas e depositadas na conta do hacker, ou quem ele escolher. Dando ao dinheiro da fraude aparência lícita.

Cabe destacar que o exposto acima é somente um exemplo com fins pedagógicos, diversos são os golpes aplicados, o mais famoso é o sequestro de dados com pedido de resgate, o *ransomware*.

Por fim, a importância dos dados para a Administração Pública é imensa, dados representam poder. São eles que definem as melhores opções para a construção de políticas públicas com qualidade, eficiência e economicidade.

²¹ *Idem*, p. 6.

²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²³ Site oficial: <https://www.kali.org/>. Acesso em 20 fev. 2023.

²⁴ Casa de Câmbio descentralizada [sem regulação governamental]. Disponível em: <https://pancakeswap.finance/>. Acesso em 20 fev. 2023.

3. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) E LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LAI)

A antinomia aparente entre a LAI e a LGPD que fornece, por um lado, informações e, de outro, protege os dados pessoais, gera dúvidas ao se analisar o caso concreto. Entretanto, as normas em algum momento se cruzam, e o resultado é a intersecção, os dados de livre acesso aos cidadãos, inclusive para povos estrangeiros, em cumprimento ao princípio da transparência.

Toda produção de informação gestada pela Administração Pública deve obedecer às diretrizes da LAI e LGPD no tratamento de dados pessoais.

É importante destacar que tratamento de dados é operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração²⁵.

Outro ponto importante é a concentração de várias definições como o de dado pessoal sensível, no art. 5º da LGPD.

A Lei Federal nº 13.709, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LAI) foi promulgada, em 2018, com *vacatio legis* de dois anos. Portanto, emana efeitos no ordenamento jurídico desde 2020.

A LGPD tem como escopo velar informações pessoais. Tema glosado na Constituição Federal de 1988 que garantiu “o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”, art. 5º, LXXIX.

A LGPD estimula o fluxo de dados, essa circulação de informação plasma a transparência, com total proteção dos dados pessoais.

A Lei de Acesso à Informação, nº 12.527 (LAI), foi promulgada em 2011, portanto, anterior à LGPD.

A LAI tem como escopo o livre acesso à informação – dados –. A transparência é instrumento fundamental para acompanhar a execução de políticas públicas e o controle social, garantindo ao cidadão participar ativamente do governo com opiniões, exercendo de fato, a democracia – poder do povo para o povo.

Percebe-se que a ideia de liquidez de Bauman²⁶ é perfeitamente aplicável à transparência “líquida” – que deverá estar em todo lugar –, a qual tem como “mares” a tecnologia, os sites do governo seriam o “lote” para o cidadão que pesquisa a atuação da Administração Pública.

²⁵ O inciso x, art. 5º da LGPD. Cf.: BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 59, 15 nov. 2018.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. Vigilância líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 13.

Diante disso, ecléticos são os portais: Transparência²⁷, Ouvidoria Pública²⁸ e o Serviço de Informação ao Cidadão (SIC)²⁹, os quais são importantes destacar.

Com efeito, o Portal da Transparência oferece dados sobre despesas, receitas, convênios, recursos humanos e orçamento.

O foco da Ouvidoria é permitir ao cidadão solicitar a prestação de um serviço, reclamar e denunciar.

Outrossim, o sistema de informação ao cidadão é responsável por processar os pedidos de informações, dados e documentos.

Recebido o pedido de acesso aos dados públicos, a Administração Pública, por meio da autoridade competente, realizará a triagem do enquadramento legal, LAI ou LGPD. O pedido de acordo com os dispositivos é deferido. Caso contrário, indefere-se o pedido. Parece óbvio e metódico. Mas na prática não é.

Diante de vários impasses o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 6387, 6388, 6390 e 6393³⁰, que questionaram a validade constitucional da Medida provisória n^o 954/2020, a qual autorizou o compartilhamento de dados pelas empresas concessionárias prestadoras de serviço de telefonia ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para produzir estatística para o controle da saúde pública durante a pandemia da covid-19.

Os nomes, números de telefone e endereços de pessoas física e jurídica seriam disponibilizados por meio eletrônico ao IBGE. Imediatamente, várias instituições requereram, liminarmente, a suspensão dos efeitos jurídicos da medida provisória, o que foi deferido pela relatora. Posteriormente, a decisão liminar foi confirmada.

Um dos vários argumentos para a declaração de inconstitucionalidade da MP foi o vício formal, por não preencher os requisitos do art. 62 da Constituição Federal. Já o vício material fundamentou-se diante da violação das regras constitucionais da dignidade da pessoa humana, violando a intimidade, vida privada, honra, imagem, sigilo dos dados e autodeterminação informativa (ADI 6387 CFOAB).

A I. Relatora considerou em sua decisão o estado pandêmico. Mas ponderou, fls. 3 do seu voto, que não seria razoável usá-lo para *atropelo* de garantias constitucionais. Entendeu que a MP não limitou o escopo da estatística, finalidade e amplitude. Outro entrave destacado foi a obscuridade da disponibilização dos dados, a utilização e o interesse público.

Aprende-se da decisão que o princípio da publicidade dos atos da Administração Pública é protegido pela LAI. As novidades da LGPD são as regras para

²⁷ Disponível em: <https://www.transparencia.sp.gov.br/>. Acesso em 20 fev. 2023.

²⁸ Disponível em: <https://www.ouvidoria.sp.gov.br/Portal/Default.aspx>. Acesso em 20 fev. 2023.

²⁹ Disponível em: <http://www.sic.sp.gov.br/>. Acesso em 20 fev. 2023.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n^o 6.387**. Brasília, DF: STF, 2020.

utilização das informações dos indivíduos, o tratamento e o direito fundamental do cidadão de saber a finalidade da coleta de seus e, em alguns casos, a distribuição.

Tanto a LAI – direito público – quanto a LGPD – direito público e privado – têm diretrizes voltadas ao tratamento de dados pessoais nas premissas de confidencialidade, integridade e disponibilidade.

Em cumprimento a transparência, nomes, cargo e remuneração ou soldo dos servidores do Estado de São Paulo são divulgados no Portal da Transparência. Portanto, este ato fundamenta-se na LAI. Por outro lado, o CPF, RG, Endereço, Data de Nascimento e Telefone não são divulgados, imperativo da Lei Geral de Proteção de Dados.

Bem como a LAI e a LGPD não estão em conflito, mas em equilíbrio e a intersecção destas leis é o fenômeno da publicidade e transparência em seu ápice.

Percebe-se que caso o acesso aos dados seja de interesse coletivo, público, aplica-se a LAI. Manejo usado pelo cidadão para fiscalizar atos administrativos, como: Atos licitatórios, obras e as prestações de contas. Exceção à regra são documentos sigilosos.

Já a LGPD irradia o livre acesso à informação a manifestação do interesse particular, dados que lhe são íntimos.

Portanto, realizado o pedido de informações à administração pública, cria-se a simbiose do cidadão e o agente público para definir se o conteúdo, de fato, é pessoal ou coletivo, posto que a depender da resposta aplicará a LAI ou LGPD.

Havendo negativa na prestação de informação com fundamento na LAI, o interessado deverá recorrer dentro do prazo. Recurso endereçado ao próprio órgão e, no caso, havendo manutenção da decisão, poder-se-á pleitear pela via judicial.

Indeferido o pedido baseado na LGPD, por entender o órgão, não se tratar de informação pessoal ou estar protegido pelo sigilo, terá o interessado que demonstrar violação da Lei à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e, decidindo pela manutenção da decisão, poder-se-á litigar no judiciário.

Em ambas as leis há processos de tratamento dos dados desde a coleta, uso, armazenamento até o descarte, bem como manter os dados confidenciais intactos e disponíveis aos cidadãos.

Verifica-se o equilíbrio entre as Leis, na LAI não existe excerto do impacto no vazamento dos dados pessoais, tão pouco políticas de privacidade e proteção. Entretanto, a LGPD racionaliza a responsabilização, a prestação de contas em caso de vazamento de dados ou desvio de finalidade.

Em caso de conduta contrária à LAI ou à LGPD, os servidores poderão receber as sanções da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) –, bem como ser processados pela via administrativa por meio do Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

Portanto, as leis fixam limites à administração pública no tratamento de dados, assim como garantem o armazenamento e sua divulgação no mínimo, mas preserva a coesão da informação ao cidadão.

3.1 Intersecção

A intersecção será analisada sobre o ângulo da disponibilidade dos dados, tendo como elementos a triagem com fundamento na LGPD e na LAI. Assim sendo, a Administração Pública deve respeitar as duas leis.

Para tanto, identifica-se duas camadas de análise: (i) identificar quais dados podem ser disponíveis perante a LGPD (nome do aluno, dos pais, endereço, boletim de notas etc.), nos termos da norma do art.25 ss. e; (ii) analisar se os dados expostos são suficientes para possibilitar a auditoria interna e externa.

As exceções ao acesso à informação devem ser aplicadas de forma restritiva e fundamentada, respeitando sempre o interesse público³¹.

A intersecção da informação disponibilizada pela Administração Pública em respeito ao princípio da transparência.

A fonte dessa informação é o resultado da observância em conjunto entre a LAI e a LGPD, sendo o resultado disso os dados devidamente tratados pela Administração Pública.

Gráfico 1.

Intersecção entre a Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados



Fonte: elaborado pelo autor

Na análise do caso concreto, o intérprete terá que cruzar os mandados da LAI e LGPD, criando assim uma intersecção.

O que representa o conteúdo de dados tratados que poderão ser publicados. Com a digitalização dos dados, a informação tornou-se líquida. Está em todo lugar.

³¹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 59, 15 nov. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

A Administração Pública tem o dever de dar publicidade aos atos públicos, por meio de portais institucionais e diários oficiais.

Mas tornar essas informações públicas e não ferir os direitos pessoais dos cidadãos, protegidos pela Constituição Federal, revelou-se um desafio imenso na prática³².

A decisão sobre o nível de transparência dos dados pessoais pode revelar a incompatibilidade entre a LGPD e a LAI, revelando uma área de intersecção na qual reside o conflito de normas.

A intersecção das leis só vai surgir diante do caso concreto de forma autônoma – na zona de intersecção haverá um conflito de normas – que pode ser caracterizado como antinomia aparente – a qual deve ser solucionada pelos princípios gerais do direito (LINDB) e assim como, pela Autoridade Nacional de Proteção de dados (ANPD)³³.

Por meio do gerenciamento de dados é possível verificar tendências de mercado, como venda de materiais escolares, publicação de livros, roupas, venda de produtos da moda.

Então, promover a devida publicidade das informações coletadas na base de dados do governo e não violar a dignidade da pessoa e, mesmo assim, respeitar o princípio da publicidade e eficiência somente, de fato, ocorre com a intersecção.

3.2. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a LGPD e a LAI

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) é uma autarquia de natureza especial³⁴, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública³⁵.

Segundo seu Regimento Interno³⁶ tem entre as suas competências, definidas no artigo 2.º, elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; assim como fiscalizar, aplicar sanções e promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança.

A criação da ANPD é recente e tem muito a evoluir na criação de uma agenda nacional como órgão controlador. Para fins deste trabalho, destaca-se o lançamento do *Guia Orientativo sobre Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público*³⁷ com o

³² CASTANHO, Valéria. A transparência e os desafios dos sites públicos na sociedade da informação: a experiência do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 265-285, 2019.

³³ Art. 55, da Lei Federal nº 13.709/2018. Cf.: RASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 59, 15 nov. 2018.

³⁴ Lei Federal nº 14.460/2022 que alterou a Lei Federal nº 13.844/2019.

³⁵ Decreto Federal nº 11.348/2023.

³⁶ Decreto Federal nº 10.474/2020.

³⁷ Disponível em: [guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf](http://www.gov.br/guia-poder-publico-anpd-versao-final/pdf) (www.gov.br). Acesso em: 2 mar.2023.

objetivo de ajudar a estabelecer *parâmetros objetivos, capazes de conferir segurança jurídica às operações com dados pessoais realizadas por órgãos e entidades públicas*³⁸.

O Guia enfrenta também a questão da segurança à informação nas redes internas da entidade pública, destacando que não é uma atividade estatal típica, razão pela qual se coloca a necessidade de adotar medidas que garantam a transparência do tratamento dos dados pessoais com base no legítimo interesse, previstos na LGPD³⁹.

4. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

A sociedade atual estrutura-se com acumulação e circulação de informações (dados).

Segundo Bauman “À proporção que o poder se move à velocidade dos sinais eletrônicos na fluidez da modernidade líquida, a transparência simultaneamente aumenta para uns e diminui para outros”⁴⁰.

Na era da liquidez dos dados com a digitalização mundial dos governos, o princípio da transparência ganhou destaque em permitir maior visibilidade das ações governamentais, que somada à efetiva participação do cidadão no sistema democrático, caminha para melhorar a qualidade, eficiência, moralidade, impessoalidade e, efetivo exercício dos direitos fundamentais.

Di Pietro e Martins Junior dizem que a diferença entre os princípios da transparência e publicidade é que o primeiro resulta da união da publicidade, motivação e participação popular para que as atividades administrativas possam ser controladas, o que garante a democracia. Já o segundo trata da simples publicação nos veículos de comunicação oficial do governo dos atos administrativos⁴¹.

A Constituição Federal dispõe no artigo 5º, inciso XXXIII⁴², o dever da transparência aos órgãos públicos.

³⁸ No Dia Internacional da Proteção de Dados, ANPD publicou o Guia Orientativo sobre Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público — Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Disponível em: <https://digital.futurecom.com.br/artigos/guia-orientativo-sobre-tratamento-de-dados-da-anpd/>.

³⁹ Vale ressaltar que essa interpretação do conceito de obrigação legal, conforme previsto no art. 7º, II, e no art. 11, II, a, da LGPD, é reforçada pelo disposto no art. 23 da mesma lei, segundo o qual o tratamento de dados pessoais no setor público deverá ser realizado “com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público”, observando-se o interesse público e o atendimento da finalidade pública do controlador. Guia Orientativo. Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. Disponível em: [guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf](http://www.gov.br/guia-poder-publico-anpd-versao-final/pdf) (www.gov.br). Acesso em: 02 mar.2023.

⁴⁰ BAUMAN, *op. cit.*, p. 13.

⁴¹ Transparência é um conceito abrangente que se concretiza pela publicidade, pela motivação e pela participação popular, garantindo a visibilidade, acesso, o conhecimento das atividades administrativas e instrumentalizando a vigilância social e controle institucional sobre a administração através dos demais princípios. DI PIETRO, Maria Sylvia, MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 422.

⁴² Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Importante ressaltar que o Poder Constituinte de 1988, momento histórico em que não se imagina a fluidez dos dados de nosso tempo, não teve viés de tornar o cidadão apenas um provedor metódico de dados (um banco de dados vivo), foi dado a ele poder de controle sobre as informações, atores e utilização.

Contudo, foram estabelecidos freios à publicidade de atos ou documentos para preservar os direitos invioláveis expressos no artigo 5º, inciso X⁴³.

O grande volume de dados geridos pela Administração Pública do Governo⁴⁴ é cobijado por muitos, por exemplo, a divulgação de dados sensíveis, tais como informações de viés político, moral, vão além do valor comercial, poderiam ser utilizados para ataques psíquico ou físico aos titulares, o que colide com a proteção da dignidade da pessoa humana.

O tratamento de dados pessoais a partir dos princípios fixados pelo artigo 6.º da LGPD, ou seja, finalidade, adequação, necessidade, transparência, qualidade, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e livre acesso, os quais devem ser analisados de forma harmônica diante do caso concreto.

O princípio da transparência está previsto no art. 6º, VI da LGPD no sentido de garantir “aos titulares, informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, com respeito aos segredos comercial e industrial”⁴⁵.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) entende que respeitar os princípios é essencial para garantir o direito fundamental de todos os indivíduos à informação administração, ou seja, o princípio da transparência impõe uma postura ativa ao agente de tratamento, o qual tem o dever de propiciar as informações disponíveis pela lei, independentemente de solicitação do titular, nos termos da norma do artigo 2º da LGPD⁴⁶.

⁴³ São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

⁴⁴ *Idem*, p. 6.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 59, 15 nov. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

⁴⁶ Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. *Idem*.

Por fim, o Estado é detentor do direito de controlar o fluxo de informações. Desse modo, o poder legiferante editou leis de controle e acesso à informação (LAI e LGPD) e, como já visto neste artigo, o cruzamento desses dispositivos resulta na transparência.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são ações ou programas desenvolvidos pelo Estado para atender às demandas e necessidades da sociedade, buscando promover o bem-estar social e a redução das desigualdades⁴⁷. Elas são elaboradas a partir de um conjunto de processos que envolvem diagnóstico, planejamento, implementação, monitoramento e avaliação, visando atender aos objetivos propostos e garantir a efetividade das ações⁴⁸.

As políticas públicas podem ser de diversas áreas, como saúde, educação, assistência social, segurança, meio ambiente, transporte, cultura, entre outras⁴⁹. Elas são criadas para solucionar problemas específicos ou atender a demandas sociais relevantes, tendo como foco o interesse público e o bem-estar coletivo.

A elaboração das políticas públicas envolve a definição de objetivos claros e precisos, o estabelecimento de prioridades e metas⁵⁰, a escolha das estratégias

⁴⁷ Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. 3 A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz. [...] Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. (O ciclo da política pública é constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação. SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão bibliográfica. **Revista da Associação Brasileira de Ciência Política**, Porto Alegre, n. 38, p. 59-81, 2006.

⁴⁸ Destaca-se a tese de Christopher Hood (1983), que sugere ter o governo quatro instrumentos sociais disponíveis a serem utilizados para incentivar ou não o processo de formulação das políticas públicas. Assim, o autor identificou classes de instrumentos que podem ser utilizados como ferramentas para atingir os fins do governo, denominada em inglês “Modelo NATO”, que busca organizar quatro categorias amplas de instrumentos: Nodalidade (nodality), Autoridade (authority), Tesouro/orçamento (treasure); Organização (organization). WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. A abordagem Direito e Políticas Públicas como ferramenta de aprimoramento das Instituições Jurídicas: qualidade organizacional, sistematização de dados e aperfeiçoamento das relações interinstitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 926-941, 2019, p. 933.

⁴⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição Federal de 1988.

⁵⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Avaliação de políticas públicas**: guia prático de análise ex Ante. Volume 1. Brasília, DF: Ipea, 2018.

adequadas e a definição dos recursos necessários para a implementação das ações. Além disso, é fundamental a participação da sociedade no processo, garantindo a transparência, a legitimidade e a *accountability* das ações governamentais.

A implementação das políticas públicas deve ser planejada e organizada, considerando a complexidade dos problemas a serem solucionados e a necessidade de articulação entre diferentes atores e setores⁵¹.

É importante também que haja um sistema de monitoramento e avaliação das ações, permitindo o ajuste dos programas e a correção de possíveis desvios⁵².

A efetividade das políticas públicas depende, ainda, da disponibilidade de recursos financeiros e humanos adequados, da existência de um marco legal e institucional sólido e da existência de mecanismos de controle e participação social. Assim, a transparência e a *accountability* são fundamentais para o sucesso das políticas públicas, permitindo o acesso às informações e a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisão.

Em resumo, as políticas públicas são instrumentos fundamentais para a promoção do desenvolvimento social e econômico, garantindo a inclusão social e a redução das desigualdades. A sua elaboração e implementação devem ser pautadas por princípios de transparência, participação, efetividade e *accountability*, garantindo a sua adequação às demandas da sociedade e a sua efetividade na promoção do bem-estar coletivo.

5.1 Dados Educação

A ciência jurídica analisa a questão da intersecção pelo lado da antinomia no aparente conflito de norma (LGPD e LAI). Contudo, neste artigo, a intersecção será analisada do ponto de vista da transparência dos Dados.

Observamos se os dados disponibilizados não ferem as diretrizes da LGPD, isso não significa que sejam transparentes, na verdade seriam duas camadas de análise, a primeira verifica quais dados podem ser disponíveis perante a LGPD (nome do aluno, dos pais, endereço, boletim de notas etc.), nos termos da norma do art.25 ss.; já a segunda analisa se os dados expostos são suficientes para possibilitar a auditoria interna e externa.

⁵¹ As Instituições devem organizar-se para cumprir a sua missão e, ao mesmo tempo, abrir espaços para estabelecer diálogos interinstitucionais, em especial, quando se detectam dificuldades como a judicialização, problemas de repartição de competência, necessidade de ação conjunta com outras instituições, em especial, na resolução de direitos complexos, como os fundamentais sociais, que necessitam da atuação integrada de várias áreas do governo. Nesse ponto, destaca-se a ideia da importância da formação de rede de atores que detém a capacidade de compreender o problema, conhecer a legislação, construir estratégias, encontrar instrumentos para solução. CASTANHO, Valéria. A transparência e os desafios dos sites públicos na sociedade da informação: a experiência do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 265-285, 2019.

⁵² *Idem*, p. 29. O ciclo da política pública é constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação.

Para verificar a hipótese de transparência, neste trabalho analisaremos os dados já depurados, a correlação entre: Dados, LAI e LGPD.

Trazemos os dados de política pública realizada pela Secretaria Estadual da Educação sobre o *Atendimento Educacional Especializado em Sala de Recursos e Alunos em Atendimento em Classe Regida por professor Especializado – 01/2022*.

A Secretaria Estadual de Educação de São Paulo criou a política pública de inclusão de alunos com deficiência na rede escolar estadual, com base nas normas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação⁵³, da Lei Brasileira de Inclusão⁵⁴, Resolução CNE/CEB nº 4, de 2 de outubro de 2009 e, no âmbito do Estado de São Paulo, pela Resolução SE nº 68, de 12 de dezembro de 2017 e pela Política de Educação Especial do Estado de São Paulo⁵⁵. Através de Atendimento Educacional Especializado (AEE)⁵⁶, formação continuada dos profissionais pela Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Profissionais da Educação Paulo Renato Souza (EFAPE) e a realização de ações interdisciplinares com a participação da comunidade escolar.

Apesar do arcabouço legal, existia grande fluxo de judicialização como mandado de segurança para pleitear a disponibilização de professores habilitados para assistência ao aluno com deficiência e/ou transporte público adequado⁵⁷.

A falta de política pública leva a falhas sistêmicas, as quais eram resolvidas somente em cumprimento de ações judiciais. Portanto, eram realizadas caso a caso e não de maneira eficiente e coletiva⁵⁸.

⁵³ Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

⁵⁴ Lei nº 13.416, de 6 de julho de 2015.

⁵⁵ SÃO PAULO. **Política de Educação Especial do Estado de São Paulo**. São Paulo, Governo do Estado, 2021. Disponível em: <https://www.educacao.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/09/PEE-SP-DOCUMENTO-OFICIAL.pdf>. Acesso em 08 mar. 2023.

⁵⁶ *Idem*, p. 52.

⁵⁷ A abordagem DPP, nesse contexto, ajudou a dimensionar os efeitos na esfera administrativa das inúmeras ações judiciais coletivas e individuais. Afinal, o impacto de cada decisão judicial na área da educação reflete a realidade da rede estadual paulista de ensino. Somente a política pública para inclusão da pessoa com deficiência tinha à época cerca de 63 mil alunos. O grande fluxo de judicialização do tema, seja para matrícula em escolas especializadas, seja para transporte personalizado, a um custo muito alto, fez com que o tema fosse eleito como prioritário (São Paulo, 2016). A agenda central do grupo foi construir uma política pública que regulamentasse a inclusão dos alunos com deficiência, até então inexistente na Pasta formalmente. WERNER, Patricia Ulson Pizarro. A abordagem Direito e Políticas Públicas como ferramenta de aprimoramento das Instituições Jurídicas: qualidade organizacional, sistematização de dados e aperfeiçoamento das relações interinstitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 926-941, 2019, p. 930.

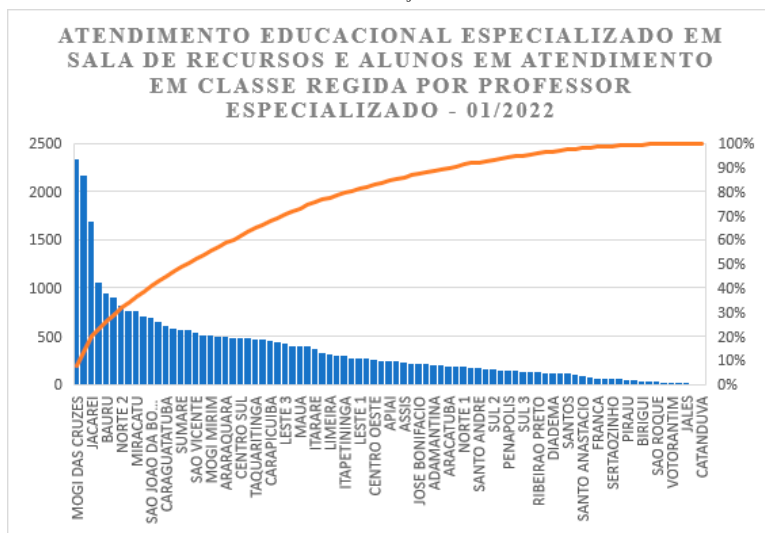
⁵⁸ A falta de uma política pública estruturada levava a falhas primárias, como a não formalização da matrícula regular de todos os alunos com deficiência; cumpria-se a liminar, mas não havia o registro do aluno no sistema (RA), o que impactava diretamente nas estatísticas realizadas. Por outro lado, no momento da matrícula, não havia um procedimento para que os pais informassem sobre a situação do filho, e assim a Administração encaminhasse de forma célere o caso para a equipe multidisciplinar de avaliação pedagógica recomendar o melhor plano pedagógico para cada caso, assim como, no sítio eletrônico da Pasta não havia informações seguras sobre as regras gerais para efetivar a matrícula do aluno com deficiência, o que prejudicava a comunidade escolar em geral e a atuação das próprias

Com a coleta de dados, a Secretaria Estadual de Educação concentrou sua base de dados no portal de dados abertos. O acesso é fácil, o layout do site é limpo e as informações estão organizadas por assunto⁵⁹.

Contudo, ainda estão em planilhas de Excel. Assim, realizamos a conversão de planilha para gráfico.

Gráfico 2.

Banco de Dados: Dados Abertos sobre a Educação⁶⁰



Fonte: elaborado pelo autor

Instituições Jurídicas, por exemplo, no momento de cobrar uma ação estatal com qualidade. A construção da política pública levou mais de um ano, com uma série de reuniões com técnicos de várias áreas e a equipe do Gabinete da Pasta envolvida diretamente na questão, pois além de compreender como garantir o direito fundamental à educação, que não se confunde com o direito à saúde, nem assistencial à pessoa com deficiência, ponto nevrálgico muito complexo, há um sério problema de limites orçamentários e a real falta de profissionais habilitados para atender a uma demanda tão grande [...].

Final, foi publicada formalmente pela Secretaria Estadual da Educação a Resolução SE n.º 68, de 12/12/2017, que tem muito valor, por representar um paradigma para execução e avaliação da política pública inclusiva do aluno da rede pública com deficiência. Foi o documento possível naquele momento, que necessita de monitoramento das metas fixadas e aprimoramento em vários pontos, como aperfeiçoar o atendimento aos alunos com transtorno do espectro autista, mas que passa a ser um referencial no ordenamento jurídico para efetivar os direitos envolvidos, seja pela via administrativa, seja pela via judicial. WERNER, Patricia Ulson Pizarro. A abordagem Direito e Políticas Públicas como ferramenta de aprimoramento das Instituições Jurídicas: qualidade organizacional, sistematização de dados e aperfeiçoamento das relações interinstitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 926-941, 2019, p. 930.

⁵⁹ ATENDIMENTO EDUCACIONAL Especializado em Sala de Recursos e Alunos em Atendimento em Classe Regida por professor Especializado. **Dados Educação – Governo do Estado de São Paulo**, São Paulo, jan. 2022.

⁶⁰ *Idem*, p. 56.

O gráfico acima nos mostra o número de alunos com deficiência que são atendidos pela rede estadual de educação.

Para atender a esse grande número de alunos são contratados professores com formação específica, por meio de contratação temporária, Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009 e concurso público.

Com essas informações, é possível ter previsibilidade para manutenção da continuidade dos estudos desses cidadãos, o que acarreta diminuição de demandas judiciais.

Por exemplo, pode-se notar pelo gráfico que na Diretoria de Ensino de Mogi das Cruzes concentra o maior número de atendimento. Conseqüentemente, esses dados ajudam a Administração Pública a dimensionar as políticas públicas para a região, como professores especializados, transporte especializado, acessibilidade na infraestrutura da escola e em seus arredores, os quais são contratos por licitação, convênios com terceiro setor.

O gráfico possibilita concluir que a Administração Pública fornece os dados sobre a política pública em seu sítio eletrônico, porém é necessário aperfeiçoar os indicativos. Faltam especificar quais desses números são matrículas baseadas em ações judiciais, a indicação de números de professores especializados por sala de aula, dos convênios, os quantitativos dessas ações são conduzidos pela própria Administração pública e pelo terceiro setor.

Podemos concluir que os dados analisados respeitam a LGPD, contudo em relação à LAI há pontos que precisam ser aperfeiçoados para permitir que a sociedade analise os dados e faça o efetivo controle das ações governamentais, incluindo, a checagem da qualidade do serviço público prestado e dos recursos gastos, conforme norma dos artigos 4^a a 6^a da LAI.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos dados abordados (Gráfico 2), conclui-se que a intersecção (Gráfico 1) é a informação disponibilizada pela Administração Pública em respeito ao princípio da transparência.

Identificamos duas camadas de análise: (i) os dados que serão disponibilizados conforme a norma da LGPD e LAI; e (ii) se os dados expostos são suficientes para possibilitar a auditoria interna e externa.

Na análise do caso concreto, o Ator terá que respeitar os imperativos da LAI e LGPD, disso resulta os dados devidamente tratados pela Administração Pública e disponibilizados na rede mundial de computadores.

Vimos, também, que o mais comum para ciência jurídica é a análise da questão da intersecção pelo ponto de vista da “antinomia aparente”, a qual é solucionada pelos princípios gerais do direito (LINDB) e, bem como, pela Autoridade Nacional de Proteção de dados (ANPD), Lei Federal nº 13.709/2018.

O princípio da transparência “garante aos titulares dos dados, informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, com respeito aos segredos comercial e industrial”, art. 6º, VI da LGPD⁶¹.

Verificamos a hipótese de transparência, proposta neste trabalho, com os dados, já tratados, da política pública realizada pela Secretaria Estadual da Educação sob o *Atendimento Educacional Especializado em Sala de Recursos e Alunos em Atendimento em Classe Regida por professor Especializado – 01/2022*.

A Administração Pública fornece os dados sobre a política pública em seu sítio eletrônico em planilhas com extensão para o programa Excel, as quais foram convertidas em gráfico.

O Gráfico 2 possibilita concluir que os dados analisados respeitam a LGPD, contudo em relação LAI há pontos que precisam ser aperfeiçoados, como o quantitativo de matrículas realizadas por demandas judiciais, números de professores especializados por sala de aula, convênios, quantas dessas ações são conduzidas pela própria Administração pública e terceiro setor.

Com esses ajustes permitiria à sociedade analisar os dados e fazer o efetivo controle das ações governamentais, incluindo, a checagem da qualidade do serviço público prestado e recursos gastos, conforme a norma dos artigos 4ª a 6ª da LAI.

É importante notar que a gestão de dados deve ser feita com responsabilidade para evitar a má utilização ou vazamento. Os agentes das organizações devem ter em mente que para proteção dos dados é crucial adotar medidas de segurança adequadas a fim de garantir a privacidade e a confidencialidade das informações.

Por fim, este artigo destaca transparência e gestão de dados como dois conceitos que se complementam, e sua interseção (equilíbrio) é essencial para garantir que a tecnologia e a inovação sejam usadas de forma justa e responsável. É importante para a sociedade e as organizações a conscientização a fim de garantir transparência na gestão de dados, e que os governos e as entidades reguladoras estabeleçam leis e diretrizes que garantam a proteção dos dados e a transparência em sua gestão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATENDIMENTO EDUCACIONAL Especializado em Sala de Recursos e Alunos em Atendimento em Classe Regida por professor Especializado. **Dados Educação – Governo do Estado de São Paulo**, São Paulo, jan. 2022. Disponível em: <https://dados.educacao.sp.gov.br/dataset/atendimento-educacional-especializado-em-sala-de-recursos-e-alunos-em-atendimento-em-6#{}>. Acesso em 21 nov. 2022.

⁶¹ BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 59, 15 nov. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm#:~:text=Estabelece%20as%20diretrizes%20e%20bases%20da%20educa%C3%A7%C3%A3o%20nacional.&text=Art.%201%C2%BA%20A%20educa%C3%A7%C3%A3o%20abrange,civil%20e%20nas%20manifesta%C3%A7%C3%B5es%20culturais. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Lei de Acesso à Informação. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 18 nov. 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12527-18-novembro-2011-611802-publicacaooriginal-134287-pl.html>. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p 59, 15 nov. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.416, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13416.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Resolução CNE nº 4, de 02 de outubro de 2009**. Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2009. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Resolução CNE nº 68, de 12 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre o atendimento educacional aos alunos, público-alvo da Educação Especial, na rede estadual de ensino. Brasília, DF: Ministério da Educação. Disponível em: http://siau.edunet.sp.gov.br/itemlise/arquivos/68_17.htm. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6.387**. Medida Cautelar de Urgência na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5953989>. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6.388**. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.388 Distrito Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357772>. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6.390**. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.390 Distrito Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358567>. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6.393**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358850>. Acesso em 21 jan. 2024.

CASTANHO, Valéria. A transparência e os desafios dos sites públicos na sociedade da informação: a experiência do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 265-285, 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p265. Acesso em 19 fev. 2023.

CORUJA INFORMA. WannaCry: Como o Ransomware Afetou o Mundo? **Coruja Informa**, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.each.usp.br/petsi/jornal/?p=1863>. Acesso em 2 jan. 2023.

DINIZ, Maria Helena. A Antinomia Real e a Polêmica do Diálogo das Fontes. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, v. 3, n. 53, p. 228-247, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia, MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ENTENDA O CASO de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA. **G1**, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>. Acesso em: 2 jan. 2023.

GARCIA, Paulo Alves; MARTINI, José Sidnei Colombo. **Eletrônica digital: teoria e laboratório**. São Paulo: Érica, 2006.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**. Uma breve história da humanidade. Porto Alegre, RS: L&PM, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex-Ante**. Volume 1. Brasília, DF: Ipea, 2018.

LGPD E LAI: uma análise sobre a relação entre elas. **Gov. br**. Brasília, DF, s.d. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2020/lei-acesso-informacao-lai-lei-geral-protacao-dados-pessoais-lgpd>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MANDEL, Arnaldo; SIMON, Imre; LYRA, Jorge L. de. Informação: Computação e Comunicação. **Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 1997. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~is/abc/abc/node19.html#SECTION00051000000000000000>. Acesso em: 14 de janeiro de 2023.

MUÑOZ, Jesus; TURNER, David. **Para os filhos dos filhos de nossos filhos**: Uma Visão da Sociedade Internet. São Paulo: Plexus, 1999.

O ATAQUE DE HACKERS ao maior oleoduto dos EUA que fez governo declarar estado de emergência. **BBC News Brasil**, São Paulo, 2021. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57055618>. Acesso em: 2 jan. 2023.

PALMA, Luciano; PRATES, Rubens. **Guia de consulta rápida tcp/ip**. São Paulo: Novatec, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 1093, de 16 de julho de 2009**. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado de que trata o inciso X do artigo 115 da Constituição Estadual e dá outras providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2009/lei.complementar-1093-16.07.2009.html>. Acesso em: 05 dez. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Política de Educação Especial do Estado de São Paulo**. São Paulo, Governo do Estado, 2021. Disponível em: <https://www.educacao.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/09/PEE-SP-DOCUMENTO-OFICIAL.pdf>. Acesso em 20 dez. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Educação do Estado de São Paulo. **Resolução SE 68, de 12 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre o atendimento educacional aos alunos, público-alvo da Educação Especial, na rede estadual de ensino. Diário Oficial do Estado de São Paulo: seção 1, p. 35, 13 dez. 2017. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2017%2fexecutivo%2520secao%2520i%2fdezembro%2f13%2fpag_0001_CO9AN578FGE00e40K1ET6V4O8CV.pdf&pagina=1&data=13/12/2017&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100001. Acesso em: 05 dez. 2024.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão bibliográfica. **Revista da Associação Brasileira de Ciência Política**, Porto Alegre, n. 38, p. 59-81, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 fev. 2023.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. A abordagem Direito e Políticas Públicas como ferramenta de aprimoramento das Instituições Jurídicas: qualidade organizacional, sistematização de dados e aperfeiçoamento das relações interinstitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 926-941, 2019.

BRASIL NO BANCO DOS RÉUS: O FEMINICÍDIO NA CORTE IDH E SEUS IMPACTOS A PARTIR DA ANÁLISE DO CASO MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA

Brazil in the dock: femicide in the Inter-American Court of Human Rights based on the analysis of the case Márcia Barbosa de Souza

Priscila Gomes Del Barco¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A Jurisprudência interamericana no combate a violência contra a mulher; 2.1 Da evolução jurisprudencial; 2.1.1 Corte IDH. Caso do Presídio Miguel Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C No 160; 2.1.2 Corte IDH. Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C N° 3072; 2.1.3 Corte IDH. Caso López Soto e outros Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C n° 362; 2.1.4 Caso Gonzáles y Otras (“campo algodoeiro”) vs México, Exceções Preliminares, Fundos, Reparações e Custas (2015); 3. O caso Márcia Barbosa; 3.1 O histórico do caso; 3.2 Argumentos centrais da Corte; 3.2.1 Aplicação indevida da imunidade parlamentar; 3.2.2 A falta de devida diligência na investigação sobre os demais suspeitos; 3.2.3 A violação da garantia do prazo razoável; 3.2.4 A utilização de estereótipos de gênero nas investigações; 4. Pontos resolutivos da sentença; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Partindo do princípio da igualdade e não discriminação, somados a instrumentos específicos de proteção a mulher, verificar-se-á os avanços na interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as medidas de combate à impunidade nos casos que envolvam violência contra a mulher. Nesse contexto, analisar-se-á os impactos do Caso Márcia Barbosa de Souza ao Brasil e as transformações na região.

Palavras-chave: Corte IDH. Violência contra a mulher. Jurisprudência. Impunidade. Transformação.

ABSTRACT

Based on the principle of equality and non-discrimination, in addition to specific instruments for the protection of women, advances in the interpretation of the Inter-American Court of Human Rights involving violence against women will be verified. In this context, the impacts of the Márcia Barbosa de Souza case on Brazil and transformations in the region will be under analysis.

Keywords: I/A Court RH. Violence against Women. Jurisprudence. Impunity. Transformation.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) como um marco no combate à violência contra a mulher, e nesse contexto buscar a compreensão do caso Márcia Barbosa de Souza.

¹ Advogada. Responsável pela Ouvidoria da Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Os índices de violência indicam um crescimento ininterrupto de assassinatos de mulheres em razão do gênero feminino e segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), em 2021, o Brasil ocupou o 5º lugar no ranking mundial das taxas elevadas de feminicídio, verificando-se a necessidade do enfrentamento da temática.

O caso paradigmático trazido a bojo é um símbolo histórico que de modo inédito traz expressamente o instituto do feminicídio, incidindo em uma condenação internacional na Corte. Evidencia a perpetuação da violência estrutural em razão da aceitação social, impunidade e falência no sistema investigativo brasileiro desencadeada pela ausência de perspectiva de gênero. Outrossim, averigua-se a presença do instituto da imunidade parlamentar processual como obstacularizadora de acesso à justiça à mulher, contribuindo para a perpetuação da violência, dada a interseccionalidade e assimetria de poderes.

O cumprimento das obrigações internacionais especialmente em matéria de direitos humanos aponta para a necessidade do controle de convencionalidade, resultando em uma consequente adequação do ordenamento jurídico e práticas internas aos padrões convencionais, contribuindo para a proteção da otimização de direitos. Os diálogos entre o direito interno e o direito internacional oportunizam um fortalecimento na proteção dos direitos violados que têm como escopo assegurar o respeito a vida do ser humano e a sua dignidade, que lhe é inerente.

Verifica-se que o Tribunal atua com múltiplos atores internacionais, os quais, por diversas vezes, defrontam-se com Estados que fatidicamente praticam omissões, negligências e/ou ações que lesionam os direitos humanos. Ante tais insuficiências do país para sanar os problemas e elucidar soluções de modo exequível, verifica-se a atuação da Corte para expor as questões relevantes com mais clareza e eficiência no âmbito internacional.

A Corte Interamericana tem papel fundamental no acesso à justiça, garantindo o respeito aos direitos e liberdades, pela paz social e uma vida livre de violências, combatendo a impunidade, sendo sensível à causa das mulheres.

Ante esse contexto, demonstrar-se-á a necessidade de uma atuação internacional como importante mecanismo de responsabilização do Estado, verificando-se as medidas que o Tribunal impõe para construção de uma mudança estrutural no Brasil.

Esta monografia buscará responder a três questionamentos: (1) *como compreender o alcance da jurisprudência interamericana no combate à violência contra à mulher*; (2) *à luz desse contexto como compreender o impacto do Caso Barbosa de Souza e*; (3) *quais os desafios e perspectivas para avançar na prevenção e combate à violência contra à mulher no Brasil*.

Para tanto, utilizar-se-á uma pesquisa qualitativa bibliográfica, valendo-se do método dedutivo, objetivando reunir informações e dados sobre o tema em estudo e sua evolução, tendo como base legislação específica e artigos diversos; pesquisas jurisprudenciais da Corte IDH e apontamentos da Comissão Interamericana de

Direitos Humanos (CIDH), nos respectivos sites, com o fito de responder ao problema apresentado, mediante uma reflexão crítica com exposição de resultados.

2. A JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A América Latina é uma das regiões com maior índice de violência de gênero do mundo e, de acordo com dados oficiais divulgados pelo Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe (OIG) da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), em 2021, ao menos 4.473 mulheres foram vítimas de feminicídio em 29 países e territórios da região, representando 12 mortes violentas de mulheres em razão do gênero².

O feminicídio é a expressão da mais extrema violência e discriminação contra a mulher em razão de seu gênero, sendo um fenômeno global caracterizado por uma realidade estrutural, por uma cultura da tolerância, fruto de uma persistente sociedade machista e patriarcal, marcada pela prevalência de estereótipos sexistas³, em que a vítima não deixa de ser ouvida em razão de sua morte, mas, pelo fato de que:

[...] nunca pôde falar, haja vista, como diz Spivak (2010, pp. 10), o subalterno ser sempre silenciado, e de várias formas, onde, mesmo quando ele consegue falar, os outros não o ouvem. Este é o caso das mulheres vítimas de violência, onde sua dor é banalizada e a agressão é justificada pelo patriarcalismo⁴.

Nesses contextos de retrocessos contemporâneos, torna-se necessário uma proteção nos direitos humanos das mulheres que observe os aportes do direito internacional, por uma vida livre de violência e um novo quadro interpretativo para as manifestações desse fenômeno.

Os principais instrumentos de direitos humanos específicos das mulheres é a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW, sigla em inglês) (ONU) (1979) e a Convenção Interamericana para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) (1994).

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, ratificada no Brasil pela promulgação do Decreto nº 89.460, de 20 de

² OBSERVATÓRIO DE IGUALDADE DE GÊNERO DA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Indicadores Destacados**. [S. l.], s.d.

³ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe**. [S. l.], 2019, p. 50-51.

⁴ SPIVAK, Gayatri Chakravorty *apud* DUTRA, Thiago de Medeiros. **Femicídio Doméstico e Familiar: Um estudo sobre o “Caso Márcia”**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012, p. 95.

março de 1984 (revogado pelo Decreto nº 4.377/2002), é o primeiro instrumento com perspectiva de gênero e nasce de uma preocupação de erradicar as práticas discriminatórias mundiais.

Em seu artigo primeiro, estabelece que:

[...] a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo⁵.

Destaca-se ainda que os Estados-Partes deverão adotar todas as medidas nas esferas política, social, econômica e cultural, “para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem”⁶.

Nesse espeque, o entendimento da Corte IDH sobre o princípio da igualdade perante a lei e não discriminação, consubstancia-se na noção de igualdade que:

[...] decorre diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior a um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou que, em sentido contrário, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou discrimine de qualquer forma no gozo de direitos reconhecidos a quem não são considerados como incluídos naquela situação⁷.

Ressalta-se que, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens* e permeia todo o ordenamento jurídico, sendo oponíveis *erga omnes*, ante a obrigação estatal de “respeitar e garantir as normas de proteção e a efetividade dos direitos humanos reconhecidos no seu texto”, conforme artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de tal modo que, o Estado que abster-se desse cumprimento estará praticando atos discriminatórios⁸.

⁵ BRASIL. **Decreto Federal nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

⁶ *Ibid.*, artigo 3º. Grifo nosso.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-18/08 de 17 de setembro de 2003. Solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos a Condição Jurídica e os Direitos dos Imigrantes Indocumentados**. San José: Corte IDH, 2003.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos De Santo Antônio de Jesus e seus Familiares Vs. Brasil**. Sentença de 15 de Julho de 2020. San José: Corte IDH, 2020.

Depreende-se que o referido dispositivo estabelece o dever do Estado em respeitar e garantir os direitos “sem discriminação”, ao passo que o Artigo 24 da CADH protege a “igual proteção da lei”, ordenando que não seja dispensado tratamentos desiguais nas leis internas de cada país, e caso haja prática perpetrada pelo Estado, esse infringirá o artigo 1.1, bem como, o direito substantivo em questão⁹.

Outrossim, é importante observar a compreensão da Corte IDH quanto ao direito a igualdade e não discriminação e a aplicabilidade dos dispositivos normativos supracitados no enfrentamento a questão de gênero atrelada à Violência Contra a Mulher.

Assim, faremos em uma linha temporal, um recorte pontual dos seguintes julgados: Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito (2006); Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala (2015) e; Caso López Soto e outros Vs. Venezuela (2018).

Na sequência, destacar-se-á o paradigmático Caso Gonzáles e outros (“campo algodoeiro”) Vs. México (2015), cujo tema principal foi a violência contra a mulher baseada no gênero.

2.1 Da evolução jurisprudencial

2.1.1 Corte IDH. Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C N° 160¹⁰

O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado pelo uso excessivo de força que resultou na morte de dezenas de presos e numerosos feridos no âmbito de uma operação na Penitenciária Miguel Castro Castro, no Peru.

Os fatos ocorreram em 1992, sob a ditadura do Presidente Alberto Fujimori. Havia muitos presos e presas políticas, que estavam no “Pavilhão 1A”. Ao ser colocado em ação uma operação para a remoção desses ante a justificativa de transferência para um pavilhão exclusivamente feminino, as presas foram acometidas por graves violações de direitos humanos, com violências físicas e verbais, sendo o massacre inicialmente direcionado contra aproximadamente 133 mulheres.

A Corte discutiu pela primeira vez proteções jurídicas do gênero feminino evocando o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, que dispõe expressamente que os Estados devem zelar para que as autoridades e agentes estatais se abstenham de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher. Evocou a Convenção das Nações

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos De Santo Antônio de Jesus e seus Familiares Vs. Brasil**. Sentença de 15 de Julho de 2020. San José: Corte IDH, 2020, parágrafo 182.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C N° 160**. San José: Corte IDH, 2006.

Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), além de destacar o princípio da igualdade e não discriminação.

Ao apurar o caso, a Corte observou que as mulheres se viram afetadas pelos atos de violência de maneira diferente dos homens, que alguns atos foram dirigidos especificamente contra elas, afetando-as em maior proporção que aos homens. Destacou que “[...] mesmo quando uma forma de tortura não seja ‘específica’ para a mulher [...] seus efeitos, sim, terão especificidades próprias na mulher”.

Em razão disso, proferiu, que apesar de que “nem toda forma de violência neste caso foi específica das mulheres, [...] constitui[u] violência de gênero, pois se destinava [...] a atacar a identidade feminina”.

Vários órgãos internacionais reconheceram que, durante os conflitos armados, as mulheres enfrentam situações específicas de dano a seus direitos humanos, como os atos de violência sexual, que em muitas ocasiões é usada como “meio simbólico para humilhar a parte contrária”.

A Corte determinou que o Estado violou, entre outros, os direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial.

2.1.2 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C N° 3072*¹¹

O caso trata da responsabilidade internacional do Estado pela violação dos direitos da Claudina Isabel Velásquez Paiz que desapareceu e posteriormente foi encontrada sem vida.

Observa-se que houve um processo discriminatório pelo fato dela ser jovem e pelas roupas que vestia, acarretando omissões e falhas na investigação, contribuindo com a perpetuação para a falta de igualdade material de gêneros.

A Corte aborda o estereótipo de gênero e reconhece que há violência estrutural, influências de padrões socioculturais discriminatórios, podendo resultar em uma desqualificação da vítima, na denegação da justiça e dependendo do caso, na revitimização.

O Tribunal reconheceu que o Estado violou, dentre outros, o dever de garantir o livre e pleno exercício dos direitos à vida e à integridade pessoal. E ao artigo 7, da Convenção de Belém do Pará.

Consequentemente, a Corte considera que esses estereótipos de gênero são incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos e que medidas devem ser tomadas para erradicá-los onde se apresentem.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C N° 3072. San José: Corte IDH, 2015.

2.1.3 Corte IDH. *Caso López Soto e outros Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C n° 362*¹²

O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado pela violação dos direitos de Linda Loaiza López Soto, que foi privada de liberdade e submetida a vários atos de violência contra a mulher, sofreu agressões físicas, verbais, psicológicas, sexuais, vaginais, anais e de objeto, sendo forçada à ingestão de drogas, privação de alimentos, entre outros.

Tais atos foram praticados por Luis Antonio Carrera Almoina, que a interceptou e a introduziu forçadamente em um veículo, e por meses cometeu as violências anteriormente descritas.

A irmã de Linda, por diversas vezes, denunciou o que ocorrerá, porém, não houve diligências por parte das autoridades policiais, por entender que o caso apresentado seria uma “questão de casal”, na qual não caberiam interferências.

Nesse sentido, a Corte reiterou que:

[...] o estereótipo de gênero se refere a uma concepção de atributos, condutas ou características próprias ou de papéis que são ou deveriam ser executados por homens e mulheres, respectivamente, e que é possível associar a subordinação da mulher a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes. Nesse sentido, sua criação e uso se converte em uma das causas e consequências da violência de gênero contra a mulher, condições que se agravam quando se refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente na argumentação e na linguagem das autoridades estatais.

O Tribunal, a partir de uma interpretação sistemática, valeu-se da Convenção de Belém do Pará, observando que certos atos de violência podem ser enquadrados como tortura, e que a violência contra mulher também abrange o âmbito privado.

Aplicou-se os artigos 7.a e 7.b da Convenção do Belém do Pará, bem como, os artigos da CADH, que cuidam dos seus direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal, dignidade, autonomia e vida privada.

Por fim, cumpre mencionar que a sentença determinou uma série de medidas a serem adotadas pelo Estado diante da necessidade de uma estratégia de prevenção integral, ou seja, prevenir os fatores de risco e ao mesmo tempo fortalecer as instituições para que possam dar uma resposta eficaz aos casos de violência contra a mulher.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Soto e outros Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C n° 362. San José: Corte IDH, 2018.*

2.1.4 Caso González y Otras (“campo algodoeiro”) vs México, Exceções Preliminares, Fundos, Reparações e Custas (2015)¹³

Trata-se de um caso paradigmático, que abordou pela primeira vez a violência contra a mulher como tema principal, além de tecer considerações baseadas em gênero como uma das partes centrais da sentença.

O caso versa sobre o desaparecimento e assassinato de três jovens (Claudia Ivette González de 20 anos, Laura Berenice Ramos Monárrez de 17 anos e Esmeralda Herrera Monreal de 15 anos), na Cidade de Juárez, Estado de Chihuahua, México.

Os corpos foram encontrados com marcas de violência próximo a um campo de algodão. Porém, não foi um episódio isolado, mas, sim, de uma prática sistêmica, pois, durante anos, centenas de outras mulheres foram encontradas mortas com sinais de violência e tortura naquela região, o que foi gerando revolta e manifestações de diversas organizações locais atuantes em direitos humanos.

Em referência ao tema, Yakin Ertürk, relatora especial de violência contra a mulher da ONU, assevera que esse tipo de violência é apenas a ponta do *iceberg*, tendo camadas mais profundas em que se encontram problemas sistêmicos complexos, que podem ser melhores compreendidos analisando o contexto nos quais se inserem. De um lado se reconhece uma cultura arraigada na desigualdade de gênero, de outro lado, um sistema jurídico e governamental que não responde com eficácia.

Observa-se a responsabilidade internacional do México ante a ausência de uma investigação diligente, resultando em acometimento de falhas, omissões e irregularidades na persecução penal, permeados pela utilização de estereótipos e culpabilização da vítima e inferiorização da mulher, havendo inclusive menção de que os crimes eram fomentados pelas mesmas em razão de suas vestimentas, comportamentos, etc.

Ressalta-se que o Estado tem responsabilidade por atos cometidos por terceiros, ou seja, é responsável por qualquer violação de direitos humanos cometidos por particulares dentro de sua jurisdição, devendo adotar medidas de prevenção.

As reparações destacam-se pela perspectiva de gênero, tais quais, criação de banco de dados com informações: de mulheres e meninas desaparecidas; genética e mostras celulares provenientes do corpo de qualquer mulher ou menina não identificada que foi privada da vida no Estado de Chihuahua.

Mais a mais, determinou-se que fosse levantado um monumento em memória das mulheres vítimas de “homicídios por razões de gênero” em Juárez, inclusive das vítimas Claudia, Laura e Esmeralda, como forma de não esquecer do ocorrido e evitar novos assassinatos.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **González y otras (“campo algodonoero”) Vs. México**. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. San José: Corte IDH, 2009.

Segundo Katrin Tiroch e Luis E. Tapia Olivares, a sentença estabelece precedentes quanto às obrigações do Estado possibilitando que outros casos relacionados aos direitos da mulheres sejam apreciados, tendo em vista que:

El Tribunal, pues, manda un mensaje alentador a las mujeres del continente, que indica que la Corte es un órgano jurisdiccional con la sensibilidad suficiente para evolucionar y atacar frontalmente desde su origen las causas que generan la violencia por razones de género. Además, demuestra que através de su jurisprudencia se está ocupando de mirar la especial afectación que una violación de derechos humanos produce en una mujer¹⁴.

A sentença estabeleceu a responsabilidade internacional do México por violação de obrigações positivas dispostas no artigo 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 7º (liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana dos Direitos Humanos todos em relação às obrigações estabelecidas no artigo 1.1 e 2 da mesma, além do artigo 7º da Convenção de Belém do Pará.

Ao final, cumpre mencionar que no ano de 2012, houve alteração do código penal federal do México, para incluir o tipo penal feminicídio.

3. O CASO MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA¹⁵

3.1 O histórico do caso

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no dia 7 de setembro de 2021, ao analisar o caso Márcia Barbosa de Souza e outros Vs Brasil proferiu uma sentença histórica, que ineditamente ensejou a responsabilidade do Estado brasileiro em razão de feminicídio, reconhecendo que existe uma violência de gênero estrutural e sistemática, agravada por questões interseccionais.

A senhora Márcia Barbosa de Souza era uma jovem estudante, afrodescendente, pobre e periférica, nordestina, residente na cidade de Cajazeiras, no interior da Paraíba. Residia com seu genitor e irmã caçula, próximo a sua mãe. Estava concluindo o ensino médio e pretendia buscar trabalho para contribuir com a renda familiar.

Segundo relato, em 13 de junho de 1998, a senhora Márcia Barbosa teria viajado com sua irmã Mt.B.S para participar em uma Convenção do Partido do

¹⁴ TIROCH, Katrin; OLIVARES, Tapia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Protección Transnacional de la Mujer. In: **La Justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?** Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 497-531.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil**. Sentença de 7 de setembro de 2021 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José: Corte IDH, 2021.

Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) em João Pessoa. Após a convenção, sua irmã teria retornado para cidade na qual residiam e Márcia teria permanecido na Capital, hospedada no hotel-pousada “Canto-Maré”, ao que tudo indica, para buscar trabalho.

Ocorre que, na noite de 17 de junho de 1998, a vítima foi contatada via telefone pelo então deputado estadual da Paraíba Senhor Aécio Pereira de Lima. Ato contínuo foi ao seu encontro no Motel Trevo, lá teria realizado uma ligação do celular dele, oportunidade em que teria conversado com várias pessoas e uma dessas teria falado com Aécio.

Na manhã do dia seguinte, um transeunte testemunhou uma pessoa retirando um corpo de dentro de um automóvel em um terreno baldio, próximo da capital João Pessoa. Posteriormente identificou-se que o corpo era de Márcia. Durante a autópsia, revelou-se como causa morte asfixia por sufocamento, resultante de uma ação mecânica, tendo sido constatado que foi agredida antes de morrer e sofrido ação compressiva no pescoço.

A denúncia foi apresentada pelo Ministério Público imputando ao Sr. Aécio a autoria dos delitos de “homicídio duplamente qualificado” e ocultação de cadáver, tendo sido incluídas nas investigações quatro pessoas (D.D.P.M., L.B.S., A.G.A.M. e M.D.M.) como suspeitas de participação no delito.

Segundo declarações do réu e de uma testemunha, ele detinha em seu poder o automóvel utilizado para ocultação do cadáver.

Durante o curso das investigações, a autoridade policial inquiriu várias testemunhas a respeito da conduta social e da sexualidade da vítima. E, durante a tramitação processual a defesa de Aécio acostou aos autos mais de 150 páginas de artigos de jornais que se referiam à suposta prostituição, overdose e suicídio de Márcia.

Segundo consta, em 1 de outubro de 1998, o Ministério Público expressou ao Juiz que supervisionava as investigações dos quatro suspeitos a necessidade de se ampliar o prazo para esclarecer os aspectos individualizados da conduta de cada um. Em que pese, o juiz tenha autorizado; a autoridade policial, por diversas vezes, foi acionada pelo Ministério Público para cumprir com seu dever, todavia, não cumpriu sob a alegação de que estava com muito trabalho e com um quadro funcional reduzido. Ao final, o Ministério Público solicitou o arquivamento por insuficiência de prova, o que foi acolhido pelo juiz.

Cumprir ainda trazer reflexões acerca da mídia como influenciadora de opinião pública, a qual em nenhum momento se preocupou com a pessoa que morreria, mas, sim, com o político situacionista que a matara. Nessa toada, depreende-se que enquanto não houver um interesse verdadeiro da mídia pelas mulheres que são assassinadas, “não poderá ser decisiva na desconstrução das amarras de Gênero que influenciam no discurso midiático e que, como vemos, interfere de forma negativa na garantia dos direitos humanos das mulheres”¹⁶.

¹⁶ DUTRA, Thiago de Medeiros. **Feminicídio Doméstico e Familiar: Um estudo sobre o “Caso Márcia”**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012.

3.2 Argumentos centrais da Corte

Considerando as alegações apresentadas pelas partes e pela Comissão, além do conjunto fático e probatório, destaca-se que Corte constata que o Estado violou os direitos e garantias judiciais e à proteção judicial, dada a aplicação indevida da imunidade parlamentar; falta de devida diligência na investigação sobre os demais suspeitos; violação da garantia do prazo razoável; utilização de estereótipos de gênero nas investigações.

3.2.1 Aplicação indevida da imunidade parlamentar

No caso em comento, a Corte considera que a forma como estava regulamentada a imunidade parlamentar na época dos fatos, nos âmbitos federal e no Estado da Paraíba, era contrária ao direito de acesso à justiça e ao dever de adotar disposições de direito interno.

Observa-se que, na época em que ocorreram os fatos, a Constituição Federal/1988, dispunha que:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º - O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.

§ 3º - No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa [...]¹⁷.

A Corte tem o entendimento que o arcabouço jurídico da época “tornava ilusória a possibilidade de levantar a imunidade parlamentar e dava margem para decisões arbitrárias e corporativistas por parte do órgão legislativo”.

Cumprе mencionar que a Assembleia Legislativa da Paraíba, por duas vezes, rejeitou o pedido da justiça de Paraíba para iniciar o processo penal contra o então deputado estadual. A primeira, foi em 17 de dezembro de 1998, por meio da Resolução nº 614/1998. A segunda, em 31 de março de 1999, após o início de uma nova legislatura do senhor Aécio Pereira de Lima, para o mesmo posto, tendo sido a resposta apresentada pelo Presidente da Assembleia, apenas em fevereiro de 2000,

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Cf. Texto original do artigo 53.

além disso, em audiência pública, a testemunha Valquíria Alencar, enquanto Coordenadora-Geral da CM8M, declarou que a opinião da deputada relatora não foi considerada; uma das deputadas não pode ser substituída por sua suplente, e duas deputadas foram impedidas de falar.

Ao analisar as referidas decisões da Assembleia Legislativa da Paraíba, a Corte constata que essas não foram motivadas, presumindo-se que não houve análise quanto a eventual *fumus persecutions* da ação penal que pretendia autorização.

Depreende-se que houve nítida leniência do Legislativo ao não justificar os motivos da não autorização da instauração da ação penal, mesmo ante a presença de provas robustas.

Em 20 de dezembro de 2001, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional (EC) nº 35/2001, que modificou parte do artigo 53, da CF/1988 a qual substituiu a necessidade de autorização prévia e expressa da respectiva Câmara Legislativa pelo início e tramitação do processo penal até que, se a Câmara considerar pertinente, o suspenda. Isso também se aplica aos deputados estaduais por força do artigo 27, parágrafo 1º, da CF/1988, que lhes assegura as mesmas prerrogativas previstas para os deputados federais.

Ocorre que, mesmo após referida modificação do instituto, a retomada da ação penal do Caso em testilha ocorreu somente no ano de 2003, devido ao término do mandato do Senhor Pereira Lima, que dessa vez não havia sido reeleito.

Em que pese alguns avanços das mudanças normativas do artigo 53 da CF/1988, pela EC nº 35/2001, observa-se que as imunidades parlamentares são aplicadas de modo equivocado no Brasil.

Há mais de 20 anos, a professora Flávia Piovesan analisou o assassinato de Márcia Barbosa¹⁸, sob o viés da imunidade parlamentar, asseverando que o instituto se fundamenta na preservação do Legislativo quanto a ameaças e perseguições que pudessem comprometer sua atuação com autonomia, tendo seu auge na Revolução Francesa, como exigência do Parlamento Moderno. Além de pontuar que no Estado de Direito, afasta-se tal risco, não havendo razão para sua manutenção da imunidade processual, somado ao fato de que afronta o princípio da igualdade de todos perante a lei, e a exigência de responsabilização de todos os agentes públicos.

Ademais, observa-se que nos termos a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988), resguardando-se o direito de proteção da vítima.

Assim, o Brasil como Estado Democrático de Direito deve materializar os princípios consagrados pela Constituição de 1988, respeitando esse importante marco jurídico, bem como honrar a institucionalização do direito internacional dos direitos humanos.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Prerrogativa ou privilégio? **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 4 de julho de 2001.

Observa-se que no caso Márcia Barbosa é gritante a assimetria de poder entre os litigantes, qual seja, em um contexto amplo, insere-se de um lado parlamentares criminosos e no outro grupos vulneráveis. Aécio detinha poder econômico e influência política e Márcia era negra, pobre, periférica, aspectos que merecem mais atenção da Corte também quanto à interseccionalidade, visando o equilíbrio quanto ao acesso à justiça. A vítima não teve protegido seu direito às garantias processuais em tratamento pautado pelo princípio da igualdade.

Segundo a perita Melina Girardi Fachin¹⁹, dados atualizados e sistematizados sobre processos instaurados contra parlamentares não são localizados facilmente em nível federal, ocasionando um número diminuto de processamento dada a necessidade de aval do Legislativo como no caso trazido a bojo, apontando que “a ausência de dados já é na verdade um diagnóstico; um silêncio que fala na impunidade dos responsáveis pela morte de Márcia Barbosa”. Aponta ainda que a elaboração de indicadores de direitos humanos “reside no monitoramento permanente do cumprimento das obrigações dos Estados, para além de estabelecer instituições mais responsabilizáveis (*accountable*) e transparentes”.

A transparência de dados quanto aos processos instaurados contra parlamentares pode inclusive contribuir para analisar quais casos estão relacionados à violência contra a mulher, o que estaria de acordo com o que dispõe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em matéria de acesso à informação:

[...] Dicha información debe utilizarse como base para el diseño y la evaluación de la eficacia de las políticas públicas y demás medidas adoptadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y la discriminación contra las mujeres. La Comisión ha reiterado frecuentemente que la labor de recopilación de datos - cuantitativos y cualitativos - realizada por el Estado es fundamental para comprender plenamente la dimensión de los problemas existentes y diseñar adecuadamente leyes y políticas públicas con el fin de responder a esos problemas²⁰.

O Tribunal conclui que o caso não está relacionado com o exercício das funções de um deputado, devendo ser considerado o dever de devida diligência estrita na investigação e a sanção no regime convencional.

3.2.2 A falta de devida diligência na investigação sobre os demais suspeitos

Importante mencionar que a devida diligência tem sido utilizada por diferentes instâncias internacionais para observar se o Estado tem cumprido com sua

¹⁹ FACHIN, Melina Girardi. Entre imunidades e impunidades: o ‘caso Márcia Barbosa versus Brasil’. *ConJur*, Brasília, DF, 2021.

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas*. Washington, DC, s.d.

obrigação de implementar os direitos na prática. O conceito de diligência devida relaciona-se com o dever dos Estados “[...] não somente assegurar que seus próprios funcionários cumpram as normas de direitos humanos, mas também que eles ajam com a ‘devida diligência’ para tratar dos abusos cometidos por pessoas privadas (atores não-estatais)”²¹.

Ao analisar o conjunto probatório, o Tribunal aponta que o Brasil não cumpriu com seu dever de atuar com a devida diligência, como exemplo, aponta a morosidade e as justificativas apresentadas pela autoridade policial em não cumprir, por diversas vezes, suas diligências, sob a justificativa de que estava com “acúmulo de trabalho”, culminando com o pedido do Ministério Público pelo arquivamento, o que foi acolhido pelo juiz competente.

Salienta ainda que existem indícios ou suspeitas concretas de violência de gênero, “a falta de investigação por parte das autoridades sobre possíveis motivos discriminatórios de um ato de violência contra a mulher pode constituir em si mesmo uma forma de discriminação baseada no gênero”.

Tais assertivas estão em consonância com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, e com o artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará.

3.2.3 A violação da garantia do prazo razoável

O Tribunal considera que não é necessário analisar a garantia do prazo razoável à luz dos elementos estabelecidos em sua jurisprudência, advertindo sobre o atraso de quase cinco anos para iniciar a ação penal devido à imunidade parlamentar do deputado e pelo tempo transcorrido de quase dez anos desde os fatos até a sentença penal condenatória em primeira instância, assim, tendo o Brasil violado o prazo razoável na investigação e tramitação do processo penal.

Inclusive no âmbito interno verifica-se que não foi respeitado o Princípio do Devido Processo Legal, artigo 5º, inciso LIV, abarcando o acesso à justiça (XXXV – inafastabilidade do judiciário, na presença de qualquer ameaça ou lesão de direito, o Poder judiciário será chamado a intervir), duração razoável do processo (LXXVIII).

3.2.4 A utilização de estereótipos de gênero nas investigações

A Corte de plano observa que houve um desrespeito ao princípio da igualdade e não discriminação, tendo sido violados os artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana. Além do descumprimento do Estado na obrigação de:

[...] modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas

²¹ ANISTIA INTERNACIONAL, 2008, p. 6 *apud* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS MULHERES. **Diretrizes Nacionais do Femicídio**. Nova York: Onu, 2016.

consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres (CEDAW, art. 5º, alínea “a”).

Reconheceu que os preconceitos pessoais e estereótipos de gênero afetam a investigação dos funcionários públicos, visto que, os estereótipos “distorcem as percepções”, dando lugar a crenças em vez dos fatos, o que fere a justiça e revitimiza as requerentes.

Constatou que houve uma intenção de “desvalorizar a vítima por meio de neutralização de valores”, nota-se durante a instrução processual penal reiteradas perguntas sobre a sexualidade de Márcia, sua conduta social e personalidade; o que, segundo a perita Márcia Barbosa, indicaria uma “investigação sobre a vítima, seu comportamento, sua reputação”.

Concluiu que a investigação e a condução do processo tiveram “caráter discriminatório por razão de gênero e não foram conduzidos com uma perspectiva de gênero de acordo com as obrigações especiais impostas pela Convenção de Belém do Pará”, não tendo sido adotado pelo Brasil medidas que garantissem a igualdade material no direito de acesso à justiça, além da consequente violação do direito à integridade pessoal dos familiares de Márcia.

4. PONTOS RESOLUTIVOS DA SENTENÇA

As Medidas de Reparação são uma singularidade do Sistema Interamericano, tem amplitude bastante avançada, restituição em medidas de reabilitação, compensação, combate à impunidade, simbólica como pedido de desculpas a vítima e o dever de não repetição, que tem enaltecido a potência transformadora das medidas de reparação.

O dever de reparação encontra-se substanciado nos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos), 63.1 (enquadra-se nas competências e funções da Corte) e 25 (proteção judicial) da CADH. E, tem como precedente o *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, indicando que toda violação de uma obrigação que tenha provocado dano tem o dever de repará-lo adequadamente, que se reflete em uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado²².

Especificamente no artigo 63.1, verifica-se a base convencional para que o Tribunal possa determinar quais são as medidas que os Estados devem adotar para cumprir seu dever de reparação pelas violações de direitos humanos que assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, incluindo-se pagar uma

²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparações e Custas. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C N° 7. San José: Corte IDH, 1989.

justa indenização a parte lesionada, ou seja, sendo essa reparação econômica apenas um dos elementos da reparação integral.

Ademais, aludido dispositivo confere uma ampla margem de discricção judicial, dada as novas e diversas situações que requerem modificações ou extensões de alguns conceitos. A Corte deve analisar as medidas de reparação analisando o caso concreto, considerando-se o nexó de causalidade entre a ação do agente e o dano causado por essa ação.

Diferentemente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Sistema Europeu, no artigo 41, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²³, prevê que se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção e se o direito interno da parte requerente não permitir evidenciar as consequências da violação, o Tribunal, se necessário, atribuirá uma “reparação razoável”. Depreendemos, que o artigo 63.1 da CADH tem um mecanismo mais amplo de reparação.

A reparação é um termo genérico que inclui as diversas formas que o Estado pode enfrentar a responsabilidade internacional que tenha incorrido.

Cumprir registrar que os Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito à Reparação para Vítimas de Violações para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário, dispostos na Resolução 60/147, da ONU (2005), é um precedente fundamental na matéria de reparação integral.

Do aludido dispositivo, destaca-se que em observância ao direito interno e internacional e, dadas as circunstâncias do caso concreto, as vítimas devem:

[...] de forma proporcional à gravidade da violação [...] obter uma reparação plena e efetiva, conforme estipulado nos princípios 19 a 23, nomeadamente sob as seguintes formas: restituição, indenização, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição²⁴.

No mais, a jurisprudência internacional da Corte IDH tem reiteradamente estabelecido que a sentença é *per se* uma forma de reparação. Não obstante, ao analisar cada caso e verificando que os sofrimentos causados nas vítimas são consequências de ordem imaterial ou não pecuniária, a Corte fixa uma quantidade como compensação. Interpreta que o dano imaterial é próprio da natureza humana quando a pessoa é submetida a algumas condições, experimentando um profundo sofrimento, angústia, terror, impotência, insegurança, razão pela qual, considera que esse dano não requer provas²⁵.

²³ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa... Roma, 1950.

²⁴ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005. Nova York, 2005.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Chitay Nech e Outros Vs. Guatemala. Sentença de 25 de maio de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, parágrafos 275 e 276. San José: Corte IDH, 2010.

Outro ponto que merece destaque é o entendimento da Corte quanto à garantia prevista no princípio do *ne bis in idem*, que prevê que o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos (Artigo 8.4 da Convenção Americana). Referido princípio excetua-se, assim como no instituto da prescrição, em decorrência do “carácter absoluto da proibição dos crimes contra a humanidade e da expectativa de justiça da comunidade internacional”.

Destaca-se que a impunidade pela ausência de investigação em graves e sistemáticas violações de direitos geram danos às vítimas, o que “exige” limitar-se excepcionalmente aludida garantia, possibilitando a reabertura das investigações, havendo, assim, uma preponderância dos direitos das vítimas sobre os princípios de segurança jurídica e *ne bis in idem*, visto que essas foram duplamente lesadas, quer seja diretamente pelo agressor, quer seja, pelo Estado que descumpriu com suas obrigações²⁶.

Dentre as reparações, merece destaque as Garantias de Não Repetição, tem como objetivo que os feitos que levaram a violação não se repitam, adotando p.ex. revisão e alteração de leis, capacitações. Tem especial importância nos casos de padrões recorrentes contribuindo para que se previnam outras violações.

A reparação do dano em decorrência de uma violação de direito internacional requer, sempre que possível, uma *restitutio in integrum*, ou seja, restituir as vítimas a situação interior. E, na impossibilidade a Corte determinará medidas de compensação como, por exemplo, indenização, ou outras modalidades, havendo obrigação internacional de reparar, não podendo, portanto, ser descumprida mediante invocação de disposições do direito interno²⁷.

As pessoas que possuem seus direitos violados e sua dignidade ferida jamais serão as mesmas, visto que foi trincado algo que é intrínseco e inerente ao ser. Todavia, de um modo muito responsável e respeitoso, o egrégio Tribunal tem buscado, mediante as restituições estabelecidas, diminuir o sofrimento gerado na vítima, fazendo com o que o Estado cumpra suas obrigações, entre essas, proteger a quem recorre/socorre-se da Justiça.

Nesse contexto, importante observar quais foram as recomendações exaradas pela CIDH, mediante seu Relatório de Mérito n° 10/2019²⁸, em atenção aos direitos violados de Márcia Barbosa e seus familiares:

Reparar integralmente as violações de direitos humanos declaradas no presente relatório tanto no aspecto material como imaterial, incluindo medidas de satisfação e uma compensação econômica.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas), parágrafos 271 e 272. San José: Corte IDH, 2018.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006, parágrafo 209. San José: Corte IDH, 2006.

²⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório de Mérito n° 10/2019**. San José: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2019.

Disponibilizar as medidas de atenção à saúde física e mental necessárias para a reabilitação da mãe e do pai de Márcia Barbosa de Souza, se assim for sua vontade e com seu acordo.

Reabrir uma investigação de maneira diligente, efetiva e dentro de um prazo razoável com o objetivo de esclarecer os atos de forma completa, identificar todas as possíveis responsabilidades a respeito do assassinato e aos atrasos que culminaram na impunidade. O Estado brasileiro deverá disponibilizar as medidas necessárias para sanar as omissões que aconteceram nas investigações de outros possíveis responsáveis, conforme indicado no presente relatório. Levando em conta a gravidade dos atos e os padrões interamericanos a esse respeito, a Comissão destaca que o Estado não poderá opor a garantia de *ne bis in idem*, coisa julgada ou prescrição, para justificar o não cumprimento desta recomendação.

Disponibilizar mecanismos de não repetição que incluam: i) adequar o quadro normativo interno para assegurar que a imunidade de altos funcionários do Estado, incluindo a imunidade parlamentar, se encontre devidamente regulada e delimitada para os fins buscados e que na própria norma se adotem as salvaguardas necessárias para que a mesma não se constitua em um obstáculo para a devida e pronta investigação de casos de violações de direitos humanos; ii) assegurar que as decisões dos órgãos respectivos relacionadas com a aplicabilidade de imunidade de altos funcionários em casos concretos sejam devidamente fundamentadas e cumpram com os padrões estabelecidos no presente relatório de mérito; e iii) continuar adotando todas as medidas necessárias para o cumprimento integral da Lei Maria da Penha e disponibilizar de todas as medidas legislativas, administrativas e de política pública para prevenir, investigar e punir a violência contra as mulheres no Brasil.

A Corte condenou o Brasil pela violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse tratado, bem como às obrigações contempladas no artigo 7.b da Convenção Belém do Pará; e à integridade pessoal prevista no artigo 5.1 da referida Convenção.

Exarou que sua sentença constitui *per se* uma forma de reparação, devendo o Estado adotar medidas do dever de investigar, reparação, não repetição, compensação e reabilitação, conforme segue:

No quesito medidas de satisfação, deverá publicar e difundir a sentença e seu resumo oficial e realizar ato de responsabilidade internacional em relação aos fatos desse caso.

No que cinge as garantias de não repetição, destaca-se que uma das falhas reiteradas no Brasil consiste na ausência de dados fidedignos e coerentes sobre a violência contra a mulher, com conseqüente prejuízo na formulação de políticas públicas eficazes. A Corte ainda rememora que o artigo 38, da Lei federal nº 11.340/2006

(Lei Maria da Penha), prevê a necessidade de incluir estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher nas bases dos órgãos de justiça e segurança para subsidiar o sistema nacional, o que não teria sido implementado na prática ante o que foi apurado nos autos.

Diante de tais considerações, o Tribunal determinou que o Brasil deverá implementar um sistema nacional e centralizado de dados quantitativos e qualitativos de violência contra as mulheres; capacitação continuada para as forças policiais responsáveis pela investigação e para operadores de justiça paraibana, com perspectiva de gênero e raça, realização de uma jornada de reflexão e sensibilização sobre o impacto do feminicídio, da violência contra a mulher e sobre a imunidade parlamentar; e adoção e implementação de um protocolo nacional para a investigação de feminicídios.

Nas medidas de reabilitação, pretende reparar as afetações de ordem física, psíquica e moral que podem ser objetos de tratamento médico e/ou psicológico da vítima, incluindo-se aí seus familiares, pelo imenso sofrimento e dor com as violações sofridas por seus entes queridos, o que gera graves impactos e pode se prolongar por anos ou até mesmo ser irreversível pela obstaculizações de acesso à justiça como a experimentada pelos genitores de Márcia Barbosa.

Quanto às medidas de compensação, deverá pagar quantias fixadas pelas omissões nas investigações do homicídio de Márcia Barbosa de Souza; de reabilitação relacionada aos padecimentos médicos, psicológicos ou psiquiátricos sofridos pela genitora da vítima; indenização por dano material e dano imaterial, bem como reembolsará ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas da Corte IDH a quantia despendida durante a tramitação processual.

Cabe mencionar que a Supervisão e Cumprimento de Sentença está pautada no artigo 68 da Convenção Americana e estabelece a obrigação que os Estados têm de cumprir a decisão da Corte e no tocante às condenações de natureza pecuniária, indicando que poderá ser executada observando-se as normas internas vigentes para a execução das sentenças em desfavor do Estado.

A Corte estabelece que a execução das sentenças é a parte indispensável no âmbito da justiça internacional e supervisiona periodicamente o cumprimento das disposições exaradas na decisão a respeito dos Estados.

A Supervisão do cumprimento das resoluções do Tribunal implica em solicitar informações ao Estado sobre as atividades que tem que cumprir, observando-se o prazo determinado; informações à Comissão ou representantes da vítima para avaliar o cumprimento²⁹.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Supervisão de Cumprimento de Sentença. San José: Corte IDH, s.d.

5. CONCLUSÃO

A Corte IDH é um importante instrumento de proteção dos direitos humanos, enquanto parâmetros protetivos mínimos a serem observados pelos Estados e instância de proteção, quando as instituições nacionais se mostram omis-sas ou falhas³⁰.

Ressalta-se que uma das singularidades do Sistema Interamericano são as medidas de reparação que possuem amplitude bastante avançada nos casos de violência contra a mulher, visto que envolve medidas de compensação, reabilitação, satisfação, construção de monumentos em homenagem à vítima e o não esquecimento para que não se repitam novas práticas.

Ademais, há atos de reconhecimento de responsabilidade estatal, tal qual uma declaração de que não cumpriu suas obrigações e um ato simbólico de pedido de desculpas à vítima. Em 2008, por exemplo, o Brasil realizou uma cerimônia pública em homenagem a sua luta contra a violência e houve um pedido de desculpas do Governador, pela demora judicial.

Essas medidas evidenciam o potencial emancipatório e transformador das decisões da Corte, demonstrando que a justiça não tem apenas uma vertente repressiva-punitiva, mas também tem uma vertente promocional, garantindo-se o dever da não repetição, visto que, impulsiona os Estados a adotarem todas as medidas para prevenir novas violações em direitos humanos.

Averiguou-se que a violência contra a mulher passa pela invisibilidade e silenciamento no âmbito privado, havendo costumeiramente o entendimento de que terceiros não devem intervir; pela cultura patriarcal que não respeita a mulher enquanto sujeito de direito, incidindo em uma discriminação sistemática perpetuada por séculos, repleta de estigmas, injustiças e impunidades.

As sentenças do Tribunal têm um viés holístico e um sacerdócio transformador, estabelecendo uma reparação integral sobretudo na vertente das garantias de não repetição, aplicando-se a adoção de medidas relacionados ao executivo, legislativo e judiciário, promovendo gradativamente mudanças culturais. E, como diria Hannah Arendt “a igualdade não é um dado, mas um construído”³¹.

Cumprir ainda destacar mais algumas ações decorrentes da jurisprudência interamericana como um patrimônio regional impactando a vida das mulheres brasileiras.

Após tantos anos de lutas e conquistas, em 2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 779, firmou o entendimento de que a tese da legítima defesa da

³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Tema de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 444-445.

³¹ ARENDT, Hannah. **A igualdade não é um dado, mas um construído**. Citação de *As Origens do Totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

honra é inconstitucional por contrariar os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero.

Aludida tese era utilizada em casos de violência contra a mulher para justificar as atitudes do réu, sob a justificativa de que sua honra teria sido ferida em razão da vítima ter praticado adultério.

Segundo Judith Butler, seria importante trazer reflexões acerca de qual seria a finalidade da “construção da mulher perante a honra masculina”, passando a “ser produzida mediante as estratégias jurídicas, cristãs e sociais do discurso como um ser inumano, abjeto”, o que seria como habitar aquelas zonas ‘inóspitas’ e ‘inabitáveis’ da vida social, que são não obstante, densamente povoadas por aqueles que não gozam do *status* de sujeito [...] ³². Ou seja, questiona-se os papéis da mulher em uma cultura patriarcal arraigada, que não a reconhece, deixando-lhe à margem de si mesma.

O Supremo Tribunal Federal interpretou que a plenitude de defesa no Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII) não é absoluta, devendo ser integrada aos demais princípios constitucionais à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e das respectivas Cortes internacionais.

Na decisão é abarcada a impunidade, tendo em vista que a legítima defesa da honra “remonta ao Brasil colonial e, ao longo dos anos, fortaleceu um discurso que considera a honra masculina como bem jurídico de maior valor que a vida da mulher”, exigindo que isso não seja mais tolerado pelos Poderes da República e pela sociedade (Ministro Alexandre de Moraes).

Ademais traria “marcas machistas considerando as estatísticas de feminicídio de uma cultura misógina em que” ainda impera no país e “coloniza as mentes de homens e mulheres, seja de modo refletido ou irrefletido, consciente ou pré-consciente” (Ministro Luiz Fux).

Sendo anotado pela Ministra Cármen Lúcia que o país é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, o que é um marco no controle de convencionalidade, fortalecendo os diálogos do STF e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ³³.

Em consequência do cumprimento da sentença do Caso Márcia, foi determinada pela Corte que o Estado adotasse e implementasse um protocolo nacional estabelecendo critérios claros e uniformes para a investigação dos feminicídios, o que foi realizado pelo governo brasileiro por meio da criação do Protocolo Nacional para

³² BUTLER, 2007, p. 155-156 *apud* RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 53-73, 2012.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 779, julgamento em 2021**. Decisão sobre a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, com os votos dos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Brasília, DF: STF, 2021.

a Investigação de Femicídios (rememora-se que a Lei nº 13.104/2015 criminaliza o feminicídio dando visibilidade às relações de gênero), instrumento esse que deverá respeitar as diretrizes estabelecidas no Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero, bem como a jurisprudência do Tribunal Internacional.

As Diretrizes Nacionais visam aprimorar a resposta do Estado em conformidade com as obrigações nacionais e internacionais assumidas pelo governo brasileiro, colaborando com “a investigação policial, do processo judicial e do julgamento das mortes violentas de mulheres de modo a evidenciar as razões de gênero como causas dessas mortes”.

Por fim, cabe mencionar a importância do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero como um “marco do amadurecimento institucional do Poder Judiciário” identificando a necessidade de “criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas”, sendo mais um instrumento para que seja alcançada a igualdade de gênero, Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS 5 da Agenda 2030 da ONU, sendo compromisso do STF e Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nessa linha, observa-se que a Recomendação 128/2022 do CNJ, que recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, bem como observa as recomendações da CEDAW, além de monitorar e fiscalizar as deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos e considerar expressamente a Sentença da Corte Interamericana, no Caso *Márcia Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil*.

Assim, a Corte exerce papel decisivo no combate e transformação em nível estrutural, pois aplica a perspectiva de gênero para alcançar a igualdade, primando por uma vida livre de violência o que impacta a vítima e/ou seus familiares e a sociedade com um todo, prevenindo através de um caráter também educativo que outras mulheres passem pelas mesmas violações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDE, Hannah. **A igualdade não é um dado, mas um construído**. Citação de *As Origens do Totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005**. Nova York, 2005. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_atual/art_53_.asp. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto Federal nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979,

e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 26 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001**. Dá nova redação ao art. 53 de Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm#:~:text=Os%20Deputados%20e%20Senadores%20s%C3%A3o,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 779, julgamento em 2021**. Decisão sobre a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, com os votos dos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Brasília, DF: STF, 2021

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas**. Washington, DC, s.d.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório de Mérito nº 10/2019**. San José: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <https://summa.cejil.org/api/files/160528789591935hqfperl1.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa...** Roma, 1950. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4#:~:text=Artigo%2041.%20%BA&text=Se%20o%20Tribunal%20declarar%20que,uma%20repara%C3%A7%C3%A3o%20razo%C3%A1vel%2C%20se%20necess%C3%A1rio>. Acesso em: 12 mar. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil**. Sentença de 7 de setembro de 2021 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José: Corte IDH, 2021. Disponível em: <CasoBarbosadeSouza2.pdf>. Acesso em: 30 jan, 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Chitay Nech e Outros Vs. Guatemala**. Sentença de 25 de maio de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, parágrafos 275 e 276. San José: Corte IDH, 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_por.pdf. Acesso em: 12 mar. 2023

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C No 160**. San José: Corte IDH, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em: 3 mar. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos De Santo Antônio de Jesus e seus Familiares Vs. Brasil**. Sentença de 15 de Julho de 2020. San José: Corte IDH, 2020. Disponível em: [seriec_407_por.pdf](#) ([www.gov.br](#)). Acesso em: 5 mar 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), parágrafos 271 e 272. San José: Corte IDH, 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf](#). Acesso em: 11 mar. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Soto e outros Vs. Venezuela**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C nº 362. San José: Corte IDH, 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_362_esp.pdf](#). Acesso em: 4 mar. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Reparações e Custas. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7. San José: Corte IDH, 1989. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf](#). Acesso em: 3 mar. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C No 3072. San José: Corte IDH, 2015. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_307_esp.pdf](#). Acesso em: 4 mar. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006, parágrafo 209. San José: Corte IDH, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **González y otras (“campo algodonoero”) Vs. México**. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. San José: Corte IDH, 2009. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf](#). Acesso em: 05 Mar 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-18/08 de 17 de setembro de 2003, Solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos a Condição Jurídica e os Direito dos Imigrantes Indocumentados**. San José: Corte IDH, 2003. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=22&lang=es](#). Acesso em: 27 fev. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Supervisão de Cumprimento de Sentença**. San José: Corte IDH, s.d. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/conozca_la_supervision.cfm?lang=pt](#). Acesso em: 12 mar. 2023.

DUTRA, Thiago de Medeiros. **Feminicídio Doméstico e Familiar: Um estudo sobre o “Caso Márcia”**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012. Disponível em: [http://www.ct.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2012/thiago-de-medeiros-dutra-feminicidio.pdf](#). Acesso em: 26 fev. 2023.

FACHIN, Melina Girardi. Entre imunidades e impunidades: o 'caso Márcia Barbosa versus Brasil'. **ConJur**, Brasília, DF, 2021.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe**. [S. l.], 2019. p. 50-51. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2023.

OBSERVATÓRIO DE IGUALDADE DE GÊNERO DA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Indicadores Destacados**. [S. l.], s.d. Disponível em: <https://oig.cepal.org/es>. Acesso em: 26 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS MULHERES. **Diretrizes Nacionais do Feminicídio**. Nova York: Onu, 2016. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf. Acesso em: 3 mar. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Prerrogativa ou privilégio? **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 4 de julho de 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0407200110.htm>. Acesso em: 3 mar 2023. Acesso em: 3 mar. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Tema de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 53-73, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/PSxRMLTBcrfkf3nXtQDp4Kq/?lang=pt>. Acesso em: 14 mar. 2023.

TIROCH, Katrin; OLIVARES, Tapia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Protección Transnacional de la Mujer. In: **La Justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?** Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 497-531.

REPARAÇÃO ADMINISTRATIVA DE DANOS NO ESTADO DE SÃO PAULO

Administrative repair of damages in the State of São Paulo

Paula Regina Roque da Costa¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Responsabilidade Civil do Estado; 2.1 Notas introdutórias e breve histórico; 2.2 Atual disciplina na ordem jurídica brasileira: conceito, elementos, excludentes e atenuantes; 3. Reparação administrativa de danos no Estado de São Paulo; 3.1 Cabimento, competência e prescrição; 3.2 Juízo de admissibilidade, ônus da prova e indeferimento liminar; 3.3 Fase de instrução, jurisprudência e curador da Fazenda; 3.4 Relatório final, decisão de mérito e recurso hierárquico; 3.5 Pagamento, quitação e direito de regresso; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho objetiva descrever e analisar o procedimento administrativo de reparação de danos vigente no Estado de São Paulo que, corolário da responsabilidade civil do Estado, permite o pagamento de indenização sem a necessidade de atuação junto ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, desvinculada da disciplina própria de pagamentos devidos pela Fazenda Pública em ações judiciais.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Reparação Administrativa de Danos. Indenização por danos causados por conduta estatal extracontratual.

ABSTRACT

This study aims to describe and analyse the administrative procedure for repairing damages in the State of São Paulo, which, as a corollary of the civil liability of the State, allows the payment of indemnities without the need to act before the Judiciary and, consequently, unrelated to the discipline of payments owed by the Public Treasury in lawsuits.

Keywords: Civil Liability of the State. Administrative Repair of Damages. Indemnities for damages caused by non-contractual state conduct.

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direitos Fundamentais e Políticas Públicas e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE-SP).

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado consubstancia-se, em linhas gerais, no dever de reparação de danos causados, direta ou indiretamente, pela conduta estatal, seja ela comissiva ou omissiva. Isso porque, reconhecida a lesão a direitos de terceiros e comprovado seu nexos com a atuação estatal, surge ao Estado a obrigação de repará-la pecuniariamente, isto é, com o pagamento de indenização equivalente à extensão dos danos comprovadamente suportados por aquele que os alega, sejam eles materiais e/ou morais.

Em que pese a maioria das demandas dessa natureza serem judicializadas, tem-se, no âmbito administrativo, importante alternativa para reparação dos danos causados pelo Estado, sem a necessidade de uso da máquina judiciária e, conseqüentemente, desvinculada da disciplina própria de pagamentos devidos pela Fazenda Pública em ações judiciais, previsto no artigo 100 da Constituição Federal.

O presente artigo visa descrever e analisar o procedimento administrativo de reparação de danos previsto na Lei estadual nº 10.177/1998 e no Decreto estadual nº 44.422/1999 que definem requisitos próprios e estabelece regramento específico para análise de casos em que se pleiteia indenização decorrente de responsabilidade civil do Estado de São Paulo.

Assim, nos itens seguintes serão abordados, de maneira meramente introdutória e genérica, alguns aspectos relevantes da teoria geral da responsabilidade civil do Estado, como evolução de suas teorias e atual regime no ordenamento jurídico brasileiro, com a delimitação de seu conceito, elementos essenciais para sua configuração, possíveis excludentes e atenuantes, para então passar-se à descrição pormenorizada e análise do procedimento administrativo de reparação de danos vigente no âmbito da administração estadual paulista, sendo certo não ser objetivo deste artigo esgotar o tema e todos seus possíveis desdobramentos, mas única e tão somente trazer luz à importância desse instrumento de solução de conflitos a partir da descrição do procedimento previsto na legislação bandeirante.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Notas introdutórias e breve histórico

O instituto da responsabilidade civil tem sua fonte no Direito Civil, de modo que referida doutrina ensina que a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra *respondere* que vem do latim e implica em responder a alguma coisa, responsabilizar alguém por seus atos danosos².

² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

Nesse sentido, a responsabilidade surge pelo descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato ou por deixar-se de observar um preceito normativo que regula a vida e, por isso, quanto à origem, classifica-se em responsabilidade civil contratual ou negocial nos casos de inadimplemento de uma obrigação e responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana baseada no ato ilícito e no abuso de direito³.

Em qualquer das hipóteses descritas, a responsabilidade civil enseja a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responda ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil encontra fundamento no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal⁵, que asseguram o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação de direitos, bem como no Código Civil (CC)⁶ que preconiza, em seu artigo 1º, que toda pessoa é titular de direitos e deveres na ordem jurídica brasileira sendo um desses deveres o de não causar danos.

Com base em aludidos preceitos, os artigos 186, 187 e 927 da norma civil definem os alicerces categóricos da responsabilidade civil extracontratual dos quais se extrai que (i) aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, bem como (ii) o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (abuso de direito) comete ato ilícito e, por isso, fica obrigado a repará-lo. Sob esta perspectiva, a responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica pré-existente, com a conseqüente imposição ao causador do dano do dever de indenizar, recompondo integralmente o dano causado. Como regra geral, orienta-se pela teoria da causalidade direta e imediata, segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso.

³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 499.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil, Volume VIII. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 34.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406 de janeiro de 2002**. Institui o novo Código Civil brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 16 mar. 2023.

Diversamente do direito privado, no qual, em regra, se exige um ato ilícito e culpa ou dolo do agente a ensejar a reparação do dano, quando seu causador é um ente estatal, o instituto da responsabilidade civil, mantendo conceitos de sua teoria geral, ganha diferentes contornos decorrentes de derrogações publicísticas próprias do direito público e que, por isso, foram objeto de inúmeras teorias desenvolvidas, ao longo dos anos, de acordo com a evolução do Estado.

Em um primeiro momento, nos chamados estados absolutistas, vigorava a regra da irresponsabilidade do Estado, logo, qualquer prejuízo decorrente da ação estatal deveria ser considerado de responsabilidade do administrado e por ele suportado.

Com o advento do Estado Liberal após a Revolução Francesa, o Estado passa a sofrer limitações em sua atuação, e, por isso, tem-se a superação daquela teoria e o surgimento da teoria da responsabilidade com culpa na qual há responsabilidade estatal por ato de gestão que se aproxima dos atos de direito privado, cabendo ao administrado lesado identificar a conduta dolosa ou culposa do agente público responsável pelo dano.

Ante a dificuldade de se identificar o tipo do ato praticado pela Administração (de império ou de gestão) e do agente causador do dano comprovando-se sua culpa (que na prática desencadeavam a irresponsabilidade), evoluiu-se para a teoria da culpa administrativa ou da culpa do serviço, segundo a qual a responsabilização estatal dependeria tão somente da comprovação, por parte da vítima, de que o serviço público não funcionou de maneira adequada (não funcionou, funcionou mal ou funcionou com atraso), dispensando-se a identificação do agente, a que se deu o nome de culpa anônima.

Sem que se abandonasse esta última teoria, passou-se a adotar, em determinados casos, a teoria do risco administrativo que, com base no princípio da isonomia e da igualdade dos ônus e bônus sociais decorrentes da atuação estatal, estabelece que eventuais prejuízos devem ser suportados por toda sociedade, tornando desnecessária a identificação do agente causador do dano e qualquer demonstração do elemento subjetivo (culpa ou dolo), bastando a demonstração do dano decorrente da atuação do Estado, sem concurso do lesado.

Por fim, tem-se a teoria da responsabilidade integral, segundo a qual o Estado seria responsabilizado sempre que ocorresse qualquer evento lesivo, sem se admitir qualquer excludente.

2.2 Atual disciplina na ordem jurídica brasileira: conceito, elementos, excludentes e atenuantes

A teoria da irresponsabilidade do Estado jamais teve guarida no ordenamento jurídico brasileiro. As Constituições de 1824 e 1891 previam a responsabilidade pessoal dos agentes públicos e as de 1934 e 1937 consagraram a responsabilidade subjetiva e solidária entre Estado e seus agentes públicos, sendo a responsabilidade civil do

Estado reconhecida desde então na legislação ordinária, doutrina e jurisprudência. A teoria da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público surgiu na Constituição de 1946 e foi mantida na de 1967, bem como na Emenda Constitucional (EC) nº 01/1969.

A Constituição Federal de 1988, seguindo os passos de suas precedentes e em concordância com os ditames de um Estado Democrático de Direito, consagrou de forma definitiva a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, ao prever, em seu artigo 37, § 6º, que elas responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, tem-se que a responsabilidade civil do Estado⁷ é a obrigação imposta ao erário de reparar economicamente os danos materiais e/ou morais⁸ causados a terceiros em decorrência de comportamentos imputáveis a seus agentes públicos, no desempenho de suas funções administrativa, legislativa e judicial ou a pretexto de exercê-las⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que só cabe falar em responsabilidade, propriamente dita, quando alguém violar um direito alheio, não sendo possível cogitá-la quando o Estado debilita, enfraquece ou sacrifica um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém, como ocorre, por exemplo, nos casos que envolvem desapropriação¹⁰.

Destarte, para que se configure a responsabilidade civil do Estado, devem estar presentes os seguintes elementos: (i) ocorrência de qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, material ou jurídica, lícita ou ilícita, atribuída ao Poder Público¹¹ (causa); (ii) dano patrimonial e/ou moral; e (iii) nexo de causalidade que permite

⁷ Em que pese ser possível decorrer de situações pré-contratuais e de contratos administrativos celebrados pelo ente público, regidos por princípios próprios e previsões de condutas vedadas e sanções em cláusulas editalícias e contratuais específicas, ao presente artigo interessa apenas a responsabilidade civil do Estado extracontratual que deriva das várias atividades estatais que não se encontram previstas em qualquer instrumento ou ajuste e que, portanto, não tenham respaldo em relação jurídica contratual ou negocial.

⁸ Enquanto os danos materiais ou patrimoniais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo, bens e direitos economicamente apreciáveis de alguém, os morais ou imateriais são aqueles que ensejam lesão a direitos de personalidade. Para os fins pretendidos neste artigo, importa apenas uma singela distinção entre eles, uma vez que, no Estado de São Paulo, o procedimento administrativo de reparação de danos aplica-se igualmente a eles.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 712.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1022/1023.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 816.

o estabelecimento de uma relação de causa e efeito entre a conduta estatal e o dano experimentado pelo terceiro. Ainda assim, é possível que aquela seja afastada quando presentes as chamadas excludentes de responsabilidade civil capazes de romper o nexo causal entre causa e dano.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF)¹² entende que, para qualquer modalidade de responsabilidade civil do Estado (objetiva ou subjetiva), é imprescindível a configuração de elementos comuns específicos: a alteridade do dano, a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público e a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável ao agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Ademais, segundo a Corte Suprema só é possível admitir o nexo de causalidade quando o dano for efeito necessário de uma causa que o enseje de forma direta e imediata, adotando, portanto, a teoria da interrupção do nexo causal¹³.

Pois bem, decorre do preceito constitucional estampado no artigo 37, § 6º, que o Estado responde pelos danos por ele causados, atribuindo-lhe responsabilidade civil objetiva, única e tão somente, na hipótese de danos que decorram direta e imediatamente de uma conduta comissiva (ação) de seus agentes e independentemente da existência de culpa de determinado agente estatal ou anônima da própria Administração, bastando a comprovação de sua atuação, do dano, e o nexo de causalidade, e, notadamente, desde que ausentes situações excludentes de responsabilidade. O Poder Constituinte adotou aqui a teoria do risco administrativo, segundo a qual, os riscos da atividade administrativa são assumidos em prol da coletividade de modo que eventuais danos dela decorrentes também deverão ser repartidos entre todos. Ainda assim, para que haja a responsabilidade civil objetiva do Estado é indiferente a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa do agente), no entanto, é necessário que o agente esteja no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

Todavia, há casos em que o Estado responde por danos resultantes de sua conduta omissiva (omissão/abstenção). Trata-se da modalidade subjetiva da responsabilidade civil do Estado que por não estar expressamente prevista no texto constitucional enseja divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Majoritariamente, tem-se o entendimento de que nos casos que envolvem danos por omissão estatal, a responsabilidade civil extracontratual seguirá as regras da teoria da culpa administrativa, de modo que, se exige, além do dano e do nexo de causalidade clamados na modalidade objetiva, a demonstração da existência da chamada culpa administrativa ou anônima, consubstanciada na falha do serviço, cujo ônus da prova é do terceiro

¹² STF, AgRg no RE com Agravo nº 843.559/RJ e RTJ 140/636, 55/503, 71/99, 91/377, 99/1155 e 131/417.

¹³ STF, RE nº 172.025-5/RJ.

lesado. Deve existir o dever de agir por parte do Estado que permita a caracterização de sua omissão, a possibilidade de agir para se evitar o dano¹⁴, contudo, não há necessidade de o lesado comprovar que o dano decorreu da omissão culposa ou dolosa de um agente público específico, sendo suficiente que comprove que o serviço deveria ter sido prestado e que a sua existência, deficiência ou atraso possuem nexo de causalidade com a ocorrência do dano a ser reparado.

Ora, é cediço que o Estado atua por meio de seus agentes, pessoas físicas, cujas condutas são a ele imputadas. O termo “agente público” empregado no conceito do instituto da responsabilidade civil do Estado possui escopo abrangente, de sorte que seu conteúdo se refere à atuação de toda e qualquer pessoa física no exercício de função pública, sendo eles agentes públicos de direito ou de fato. Fala-se na responsabilidade civil do Estado por ser ele civilmente responsável pelos danos que seus agentes causarem, ficando obrigado, conforme o caso, a pagar as respectivas indenizações¹⁵. Tais apontamentos são essenciais pois os atos praticados por agentes públicos em suas vidas privadas, por motivos pessoais e sem relação com as funções públicas que exercem, não acarretam a responsabilidade civil do Estado, mas sim a pessoal, nos termos dos Códigos Civil. Decorre daí a necessidade da existência de uma ligação direta entre o dano e o exercício da função pública, ainda que o servidor esteja fora de sua jornada de trabalho.

Assim, quando se fala em responsabilidade civil do Estado, não é o Estado quem causa danos, mas sim seus agentes que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, manifestam a vontade real do Estado e podem vir a causar danos a terceiros tidos, em regra, como cidadãos que não se encontram na estrutura estatal e não possuem vínculo específico com o causador do dano¹⁶. No caso de omissão do Poder Público, os danos não são diretamente causados por condutas de agentes públicos, mas para seu reconhecimento considera-se que deveriam ter agido de modo a evitá-los ou minorá-los. Logo, para que haja responsabilidade decorrente de omissão estatal, deve haver o dever de agir por parte do Estado, bem como a possibilidade de agir para se evitar o dano¹⁷.

A conduta comissiva ou omissiva do ente estatal pode ser ilícita ou lícita. No entanto, para que seja responsabilizado por um ato lícito, o dano gerado ao particular deve ser anormal e específico, isto é, deve superar pequenos agravos patrimoniais inerentes ao convívio social, considerados em sua normalidade, e onerar situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, portanto, um prejuízo

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 828.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 592.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 230.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 828.

genérico¹⁸. Isso porque, nem sempre que o ente estatal causar dano decorrente de ato lícito, estar-se-á diante de hipótese de sua responsabilidade civil, sendo imprescindível a distinção entre a responsabilidade civil por danos causados pela atuação estatal e o sacrifício proporcional de direitos promovido pelo Poder Público, como já abordado neste artigo.

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que o fundamento da responsabilidade civil do Estado é bipartite:

[...] No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade [...] o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos¹⁹.

Tanto a responsabilidade civil do Estado objetiva quanto a subjetiva admitem causas excludentes capazes de romper o nexo de causalidade e, conseqüentemente, afastar o dever estatal de indenizar. Costuma-se indicar como excludentes da responsabilidade civil do Estado a força maior, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro. A força maior e o caso fortuito caracterizam-se como fatos imprevisíveis e inevitáveis que, normalmente, são diferenciados pela doutrina majoritária por decorrerem, respectivamente, de eventos da natureza e da ação humana. Enquanto a culpa exclusiva da vítima refere-se à hipótese de o dano ser causado por fato da própria vítima (autolesão), o fato de terceiro é aquele decorrente de conduta de terceiro que não possui vínculo jurídico com o Estado. Em tese, em qualquer desses casos exclusivamente atribuídos à vítima, a terceiros e/ou à natureza, tem-se que os eventos danosos não acarretam a responsabilização estatal, porém, quando comprovada a contribuição de ação ou omissão do Estado para consumação do dano, estar-se-á diante da concorrência de causas, o que implicará no reconhecimento de causas atenuantes e na diminuição do valor da indenização.

[...] As causas excludentes decorrem da redação da referida norma constitucional que consagra a responsabilidade civil do Estado apenas pelos danos causados por seus agentes públicos, o que não ocorre nas hipóteses em que os danos são imputados à própria vítima, ao terceiro ou a eventos da natureza. Nessas situações não há ato ou fato administrativo que tenha causado o dano à vítima [...]. Ao revés, comprovada a contribuição da ação ou omissão estatal para consumação do dano, ainda que haja participação

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 1050-1051.

¹⁹ *Ibid.* p. 1035.

da vítima, de terceiro ou de evento natural, o Estado será responsabilizado. Nessa hipótese, existem causas concorrentes para o evento lesivo, devendo o Estado responder na medida de sua contribuição para o dano (art. 945 do CC)²⁰.

De qualquer maneira, interessa ao presente artigo o fato de ambas modalidades de responsabilidade civil do Estado gerarem para o ente público o dever de indenizar²¹ e é justamente nesse ponto que a reparação de danos decorrentes de ação ou omissão estatais pela via administrativa ganha espaço, afinal, se presentes e comprovados os elementos essenciais da responsabilidade civil do Estado (objetiva ou subjetiva) e preenchidos todos os requisitos legais aplicáveis, é possível seu reconhecimento e o pagamento de eventual indenização devida com a instauração de mero procedimento administrativo de reparação de danos desvinculado de ações judiciais que, além de sobrecarregarem o Poder Judiciário e ensejarem condenações sucumbenciais ao ente público, não seguem o regramento próprio de pagamentos de precatórios devidos pela Fazenda Pública em ações judiciais, sendo, portanto, mais vantajoso tanto para o Poder Público quanto para o particular.

3. REPARAÇÃO ADMINISTRATIVA DE DANOS NO ESTADO DE SÃO PAULO

A Constituição do Estado de São Paulo²² reproduz os ditames do artigo 37, § 6º da Carta Magna, ao prever, em seu artigo 115, § 4º, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

São inúmeras as situações que podem ensinar a responsabilidade civil extracontratual do Estado, no entanto, na grande maioria dos casos, a reparação pelos danos causados a terceiro por atuação estatal resolve-se com o ajuizamento de ação de indenização, sendo bastante raros os casos em que há resolução na esfera administrativa. Pode-se dizer que essa baixa demanda decorre do desconhecimento das normas especiais que viabilizam o pleito administrativo daquele que suportou o dano, sem que se perca a oportunidade de se valer da via judicial caso a demanda pela via administrativa não lhe seja favorável. Tal regra decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 761-763.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 827.

²² SÃO PAULO (Estado). **Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 1989.

Em consonância com as regras constitucionais previstas no artigo 37, § 6º, da Carta Magna e no artigo 115, § 4º, da Constituição bandeirante, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 10.177/1998²³ que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual, trazendo, mais especificamente em seus artigos 65 a 71, a previsão do procedimento de reparação de danos, que, por sua vez, foi regulamentado pelo Decreto estadual nº 44.422/1999²⁴. O objetivo fundamental dessas normas é a solução extrajudicial de litígios a fim de se evitar o ônus da condenação judicial para o Estado²⁵, além de estabelecer os requisitos para a análise do mérito, pela via administrativa, de cada caso concreto que envolve a responsabilidade civil do Estado.

Após a entrada em vigor de aludidas normas e os primeiros dois anos de experiência com as demandas delas decorrentes, foi editada a Resolução PGE nº 36/2001 que instituiu, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, Grupo de Trabalho com o propósito de sistematizar a orientação no tocante a diversas questões jurídicas que passaram a ser objeto de pedido de reparação de danos formulados com base na Lei nº 10.177/1998. O resultado dos estudos realizados foi sistematizado e submetido ao então Procurador-Geral do Estado que, em Despacho datado de 15/02/2002²⁶, aprovou o Relatório Final produzido, que firmou orientações no intuito de nortear o procedimento administrativo de reparação de danos no Estado de São Paulo.

É relevante destacar que aludido procedimento administrativo de reparação de danos não possui natureza jurídica de acordo extrajudicial. Isso porque o acordo extrajudicial caracteriza-se pela autocomposição das partes que detêm o mesmo poder de negociação e podem satisfazer seus interesses livremente, chegando a uma solução intermediária que favorece a ambos. Ao contrário, o procedimento administrativo de reparação de danos refere-se à sequência de atos praticados no âmbito da Administração Pública que, além de dever observância estrita ao princípio da legalidade e à consecução do interesse público paulista, não importa no reconhecimento imediato da responsabilidade civil do Estado e seu decorrente dever de indenizar que permita o livre arbitramento de seu valor. Trata-se, sim, de procedimento especial inserido no âmbito do processo administrativo estadual bandeirante que, por sua

²³ SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 1998b.

²⁴ SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 44.422 de 23 de novembro de 1999**. Regula o processo administrativo de reparação de danos de que trata a Lei nº 10.177, de 30/12/1998. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 1999.

²⁵ Artigo 1º, *caput*, do Decreto nº 44.422/1999.

²⁶ SÃO PAULO (Estado). Imprensa Oficial. **Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15-2-2002**. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002a.

vez, deve obrigatoriamente reger-se pelas normas previstas nos artigos 54, 55 e 65 a 71 da Lei nº 10.177/1998 e disposições do Decreto estadual nº 44.422/1999.

3.1 Cabimento, competência e prescrição

Aquele que pretender, da Fazenda Pública, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, devendo seu requerimento ser protocolado na Procuradoria-Geral do Estado em até 5 anos contados do ato ou fato que houver dado causa ao dano, sendo certo que o protocolo do requerimento suspende, nos termos da legislação pertinente, a prescrição da ação de responsabilidade contra o Estado, pelo período que durar sua tramitação²⁷.

Conforme mencionado no Relatório Final aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, o procedimento administrativo de reparação de danos destina-se ao reconhecimento de responsabilidade extracontratual do Estado, de modo a afastar a solução de litígios de natureza contratual ou funcional da esfera administrativa. Assim, as demandas que envolvem a reparação de danos, apesar de demasiadamente variadas, acabam abrangendo, *e.g.*, desde fatos mais simples como a cobrança indevida de tributos, bloqueio equivocado de veículos, queda de muro ou de árvore situados em sedes de repartições públicas estaduais, acidentes em rodovias estaduais decorrentes de má conservação ou que envolvam animais na pista, erro de cartório, até casos mais complexos, tais como, morte de detento, acidentes de trânsito fatais com viaturas oficiais, troca de tiros entre infratores e policiais, erro médico em hospitais públicos estaduais e prisão ilegal.

Ainda quanto ao cabimento do procedimento administrativo, cumpre consignar que não há que se cogitar a possibilidade de o requerente valer-se de decisão judicial favorável quanto ao pleito indenizatório fundado no mesmo evento e intentar sua execução pela via administrativa, afinal o procedimento de reparação de danos previsto na Lei nº 10.177/1998 não é via adequada para o cumprimento de decisão prolatada no âmbito do Poder Judiciário. Aliás, conforme esposado no Parecer SUBG-CONS nº 06/2022, o reconhecimento do processamento administrativo do pleito indenizatório para fins de cumprimento de decisão judicial ensejaria violação ao artigo 100 da Constituição Federal de 1988, que determina que “os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

²⁷ Artigo 65, incisos I e II, da Lei nº 10.177/1998.

No âmbito da Administração centralizada paulista, o requerimento de reparação de danos deve ser endereçado ao Procurador-Geral do Estado, a quem compete proferir a decisão final²⁸, após análise do Procurador Instrutor que conduzirá o processo respectivo e terá poderes e responsabilidades típicos de um juízo instrutor, cabendo-lhe elaborar o Relatório Final, com proposta fundamentada da decisão²⁹.

É conveniente, ainda, com fundamento na boa prática administrativa, a manifestação prévia dos órgãos diretamente envolvidos nos fatos alegados pelo requerente, para que todos os elementos essenciais à busca da verdade real sejam satisfeitos e possibilitem uma decisão justa e acertada.

Apesar de o artigo 2º do Decreto nº 44.422/1999 definir que o Procurador do Estado denominado Instrutor será designado pelo Procurador-Geral do Estado, considera-se que o artigo 25, inciso I, item “b”, da Lei Complementar nº 1.270/2015³⁰ trouxe norma especial ao prever que os procedimentos administrativos de reparação de danos devem ser realizados pela Assistência de Procedimentos Especiais da Subprocuradoria-Geral da Consultoria Geral, sendo, portanto, desnecessária a designação de Procurador Instrutor pelo Procurador-Geral para cada demanda recebida. Na prática, como aludida Assistência de Procedimentos Especiais não foi formalmente instituída, considera-se como Procurador Instrutor o Subprocurador-Geral Adjunto da Consultoria Geral, com fundamento no artigo 22 da mesma norma complementar.

Ainda que dirigido à autoridade incompetente, o requerimento deverá ser diretamente remetido à unidade adequada, procedendo-se à notificação do requerente. Decorre daí que mesmo que o requerimento de reparação de danos seja equivocadamente protocolado e dirigido a órgão incompetente da Administração Pública estadual, ele deve ser imediatamente encaminhado à Procuradoria-Geral do Estado que submeterá a análise do feito à Subprocuradoria-Geral da Consultoria Geral³¹ onde seguirá seu trâmite.

Importante registrar que, como não houve a formalização da faculdade de o Procurador-Geral do Estado delegar, com autorização do Governador do Estado, sua competência decisória ao Procurador do Estado Instrutor³², a hipótese prevista na parte final do § 2º do artigo 65 da Lei nº 10.177/1998 e os limites e condições estabelecidos nos incisos e parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 44.422/1999 não têm o condão de produzir efeitos jurídicos. Ademais, a previsão de que o Procurador do Estado poderia dar início ao processo administrativo de reparação de danos de

²⁸ Artigo 65, inciso V, da Lei nº 10.177/1998.

²⁹ Artigo 2º, § 3º, do Decreto nº 44.422/1999.

³⁰ SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 1.270 de 25 de agosto de 2015**. Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2015.

³¹ Artigo 55, inciso III, combinado com artigo 65, inciso IV, ambos da Lei nº 10.177/1998.

³² Artigo 65, § 2º, da Lei nº 10.177/1998 combinado com artigo 4º do Decreto nº 44.422/1999.

ofício quando o interessado, pessoa pobre na acepção legal do termo, tivesse suscitado a intervenção da Assistência Judiciária³³ deixou de ser aplicável ante a edição da Lei Complementar nº 988/2006 que, no artigo 3º de suas Disposições Transitórias, estabeleceu a transferência dos serviços de assistência judiciária para a Defensoria Pública do Estado, o que foi formalizado por meio da Resolução Conjunta PGE-DPG nº 1/2007³⁴. Assim, nesses casos, a Defensoria Pública do Estado envia o requerimento de reparação de danos, via ofício, para a Procuradoria-Geral do Estado.

O direito de pleitear a reparação de danos decorrentes de responsabilidade civil do Estado não pode ser objeto de inércia de seu titular, sob pena do surgimento da prescrição, ou seja, da extinção da pretensão pelo decurso do tempo. Apesar de o Código Civil estabelecer o prazo de três anos para a pretensão de reparação civil de danos, tem-se jurisprudência consolidada no sentido que as pretensões contra a Fazenda Pública se sujeitam à prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/1932³⁵. Decorre daí que, a partir da data do evento danoso, o interessado tem 5 anos para pleitear judicialmente ou administrativamente a indenização pelos danos suportados.

Contudo, nos termos do artigo 65, incisos I e II, da Lei nº 10.177/1998 combinado com o artigo 4º do Decreto nº 20.910/1932, ao fazê-lo pela via administrativa no Estado de São Paulo, o prazo prescricional de 5 anos é suspenso pelo período em que durar aquele procedimento e, ao final, volta a ser computado para que, se frustrado pela via administrativa e se de seu interesse, o requerente intente a indenização pelo mesmo fato e mesmo direito pela via Poder Judiciário. Todavia, no caso de o requerente, no curso do processo administrativo, optar pela via judicial, seu pleito indenizatório junto à Administração será automaticamente extinto, nos termos do artigo 1º, § 2º, do Decreto nº 44.422/1999.

3.2 Juízo de admissibilidade, ônus da prova e indeferimento liminar

Protocolado, autuado e dirigido ao órgão competente no prazo de dois dias³⁶, cabe à Subprocuradoria-Geral da Consultoria Geral realizar o juízo de admissibilidade do requerimento consistente na verificação dos elementos mínimos exigidos pela legislação de regência que, por serem indispensáveis, precedem a análise do mérito do pleito indenizatório, de sorte que, se ausentes ou incompletos, podem ensejar

³³ Artigo 7º do Decreto nº 44.422/1999.

³⁴ SÃO PAULO (Estado). **Resolução Conjunta PGE-DPG nº 1 de 04 de janeiro de 2007**. Disciplina a transferência dos serviços de assistência judiciária prestados pela Procuradoria-Geral do Estado à Defensoria Pública. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2007.

³⁵ STJ, AgRg no REsp nº 1.106.715/PR.

³⁶ Artigo 55, inciso I, da Lei nº 10.177/1998.

o indeferimento liminar (ou de plano) do pleito, nos termos do artigo 55, inciso II, da Lei nº 10.177/1998.

A verificação dos requisitos de admissibilidade consiste, pois, na atividade preliminar de análise do preenchimento dos elementos que possibilitarão ou não o prosseguimento do feito na esfera administrativa. Destarte, somente aqueles que preencherem todos os requisitos de admissibilidade exigidos podem ser admitidos e seguir o trâmite com vistas à decisão de mérito de deferimento ou indeferimento.

Por óbvio, o primeiro elemento a ser verificado quando do recebimento do pleito indenizatório é se houve ou não a consumação da prescrição, ou seja, é identificar o lapso temporal entre a data do evento danoso e a do protocolo do requerimento e verificar se no intervalo entre as datas transcorreram mais de 5 anos, considerando-se nesse ínterim eventuais informações quanto à suspensão e à interrupção de aludido prazo prescricional. Na afirmativa, o requerimento administrativo pode ser, desde logo, indeferido de plano e arquivado, notificando-se o interessado. Na negativa, com o preenchimento do primeiro requisito de admissibilidade, passa-se à verificação dos demais.

Consoante artigo 65, incisos III e IV, da Lei nº 10.177/1998, o requerimento deve conter os requisitos do artigo 54 e observar as regras do artigo 55 do mesmo diploma legal. Portanto, dirigido à autoridade competente, o requerimento deverá necessariamente indicar a qualificação do requerente (nome, documentos pessoais e endereço), fundamentos de fato e de direito do pedido, providência pretendida com indicação precisa do montante atualizado da indenização, prova documental de que disponha bem como indicação das provas em poder da Administração que pretende ver juntadas aos autos, acompanhados de declarações firmadas pelo interessado, sob as penas da lei, concordando com as condições contidas nos artigos 65 e 66 da Lei nº 10.177/1998 e atestando a inexistência de ação judicial ou a desistência de ação em curso, fundada no mesmo fato e no mesmo direito.

Quanto à qualificação do interessado, interessa verificar se ele é ou não parte legítima para o pleito formulado, podendo demandar pessoalmente ou por meio de procurador com poderes especiais, sendo facultativa a atuação de advogado. Insta registrar que o pleiteante da reparação de danos pode ser pessoa física ou pessoa jurídica e que, segundo o Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15/02/2002, a representação da pessoa jurídica é comprovada com a apresentação do contrato social ou estatuto atualizado e devidamente registrado, acompanhado do ato de nomeação dos administradores, sendo certo que a atuação de advogado não supre a necessidade de atendimento das formalidades pertinentes à representação das pessoas jurídicas. Nos termos do artigo 34 da Lei nº 10.177/1998, é ônus do interessado manter a Procuradoria-Geral do Estado atualizada com seu endereço físico ou eletrônico ou de seu procurador, tendo em vista que as notificações serão remetidas ao informado pela parte.

Quanto aos fundamentos de fato e de direito, é imprescindível que o requerente relate de forma pormenorizada o ocorrido, indicando, preferencialmente,

os preceitos legais violados, acompanhados de prova documental constituída de que disponha. Em um primeiro momento, tais dados são essenciais para que se possa perquirir sobre o cabimento do pleito indenizatório, afinal, se decorrentes de relação contratual ou funcional, podem, desde logo, ser indeferidos. Verificado seu cabimento, analisam-se as provas apresentadas, sendo incumbência exclusiva do requerente provar o nexo de causalidade, o dano por ele experimentado e sua extensão, bem como, nos casos de responsabilidade subjetiva, demonstrar a culpa individual do agente público ou a falha da administração.

[...] Em que pese o dissídio de interpretação sobre o conceito, os fundamentos e os limites da chamada Responsabilidade Objetiva, controversia essa que guarda uma estreita relação com a discussão do **ônus da prova**, considerando que o Procedimento Administrativo de Reparação de Danos visa à solução rápida das demandas, **o que depende, via de regra, de prova constituída (art. 54 da Lei 10.177/1998) e que não é exigível que recaia sobre o Estado o ônus de produzir tal prova**, entendeu o Grupo de Trabalho que cabe ao interessado que pretender indenização administrativa fazer a demonstração da culpa individual do servidor ou a falha da Administração nos casos de responsabilidade Civil Subjetiva do Estado³⁷.

Nos casos que envolvam veículos, faculta-se ao Procurador-Geral do Estado exigir que a prova do dano seja feita por meio de laudo de vistoria prévia emitido por órgão estadual competente³⁸. Contudo, como a competente Resolução não foi editada, na prática, exige-se que o requerente apresente comprovante da propriedade do veículo, declaração de que não possuía seguro particular ou, caso possua, junte cópia de sua apólice, documentos esses acompanhados de três orçamentos que indiquem a extensão dos danos.

Adotando-se como regra o princípio da simplicidade, previsto no artigo 25 da Lei nº 10.177/1998, a produção de eventual prova oral é admitida na via administrativa e deve ser requerida no pedido inicial de reparação de danos. Nos termos do Relatório do Grupo de Trabalho aprovado no Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15/02/2002, sendo realizado tal pleito, será designada audiência para tomada de depoimento de até 3 testemunhas apresentadas pelo interessado na data designada, independentemente de arrolamento prévio e de intimação, salvo no caso de a testemunha ser servidor público (civil ou militar) que deverá ser arrolado na petição inaugural para que proceda a necessária requisição ao seu superior hierárquico³⁹.

³⁷ SÃO PAULO (Estado). Imprensa Oficial. **Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15-2-2002**. Item III, 5. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002a.

³⁸ Artigo 1º, § 5º, do Decreto nº 44.422/1999.

³⁹ SÃO PAULO (Estado). Imprensa Oficial. **Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15-2-2002**. Item III, 6. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002a. (Grifo nosso).

O interessado pode também requerer a juntada de provas em poder da Administração que, por alguma razão, não tenha acesso e que entenda essenciais para fundamentar seu pleito. A título de exemplo, podem ser citados casos em que o pleiteante da reparação de danos solicita juntada de imagens de câmeras localizadas em vias e cruzamentos da cidade que permitam a visualização da real dinâmica dos acontecimentos que envolvem acidentes de trânsito com viaturas em perseguição policial e que envolvam vítimas fatais; de laudos periciais que comprovem que houve disparo de arma de fogo de policial militar que culminou em lesão corporal ou óbito; cópia de procedimentos apuratórios instaurados nos órgãos de origem que corroborem os fatos narrados pelo requerente, entre outros. De qualquer maneira, o objetivo da previsão normativa é que o interessado indique precisamente quais provas em poder da Administração pretende ver juntadas aos autos.

Nesses casos, com base no artigo 3º, *caput*, do Decreto nº 44.422/1999, a Procuradoria-Geral do Estado poderá requisitar diretamente, a quaisquer autoridades da Administração centralizada e descentralizada, todas as informações, documentos, perícias ou providências necessárias à completa instrução dos autos, observando-se no que couber as disposições do Decreto estadual nº 43.725/1998⁴⁰, havendo, inclusive, a previsão legal⁴¹ de celebração dos instrumentos legais necessários com os demais órgãos da Administração Pública para consecução dos objetivos da Lei nº 10.177/1998.

Entretanto, a possibilidade de indicação de provas em poder do ente público a serem juntadas não implica na desnecessidade de o interessado produzir provas e tampouco na inversão do ônus da prova, de modo a transferir o cumprimento desse requisito para a Administração. Ao contrário, o objetivo do dispositivo é garantir, em homenagem aos princípios da eficiência e da celeridade, que aquele que pleiteia reparação de danos não tenha que protocolar diversos requerimentos junto a diferentes órgãos públicos para requerer, em cada qual, as provas que entende necessárias para fundamentar seu pedido. Obviamente, se estiver diante de pleito relativo à responsabilidade subjetiva do Estado, caberá ao ente estatal refutar as alegações do requerente e demonstrar que não houve omissão ou falha da Administração, o que não se confunde com a previsão do artigo 54, inciso IV, da Lei nº 10.177/1998.

Por fim, na fase de juízo de admissibilidade, deve o Procurador Instrutor analisar se constam nos autos as necessárias declarações firmadas pelo interessado concordando com as condições contidas nos artigos 65 e 66 da Lei nº 10.177/1998 e atestando a inexistência de ação judicial ou a desistência de ação em curso, fundada no

⁴⁰ Regulamenta o artigo 103, inciso II, da Lei Complementar nº 478/1986 substituído pelo artigo 118, inciso III, da Lei Complementar nº 1.215/2015 - outorga ao Procurador do Estado a prerrogativa de requisitar às autoridades competentes certidões, informações e diligências necessárias ao desempenho de suas funções.

⁴¹ Artigo 3º, parágrafo único, Decreto nº 44.422/1999.

mesmo fato e no mesmo direito. A declaração relativa aos artigos 65 e 66 da lei que regula o processo administrativo, implicam em sua anuência com o regramento próprio do procedimento de reparação de danos no Estado de São Paulo e com a não incidência de juros, honorários advocatícios ou qualquer outro acréscimo.

No que tange à inexistência de ação judicial, obviamente se o requerente já tiver intentado a indenização fundada em mesmo fato e mesmo direito pela via judicial com decisão de mérito a ele desfavorável, não caberá nova tentativa com pedido pela via administrativa, pois tal violaria o preceito constitucional da coisa julgada, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI da Lei Maior.

O não atendimento a qualquer um dos requisitos iniciais para o processamento do pedido administrativo de reparação de danos, enseja a prerrogativa prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 10.177/1998, segundo a qual o Procurador Instrutor pode indeferir liminarmente o pleito indenizatório, notificando-se o requerente, sem prejuízo de renovação posterior, com o aproveitamento da documentação já apresentada⁴², conforme e se o caso. Considerando-se que o indeferimento liminar ou de plano não constitui decisão de mérito, a decisão pautada na ausência de pressupostos essenciais ao requerimento cabe à própria Subprocuradoria-Geral da Consultoria, pois é de sua atribuição a realização do procedimento administrativo de reparação de danos, nos termos do artigo 25, inciso I, item “b”, da Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015⁴³.

A orientação traçada pelo Grupo de Trabalho no Relatório Final aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 15/02/2002 é expressa no sentido do imediato indeferimento liminar do pedido sempre que formulado sem condições de procedibilidade, sob a justificativa da preocupação em se imprimir celeridade às respostas que a Administração deve aos administrados e, com isso, limitar o período de suspensão da prescrição quinquenal. No entanto, em homenagem aos preceitos da boa prática administrativa, essa recomendação tem sido relativizada com a notificação do requerente ou de seu representante legal para emenda da petição inicial e complementação da instrução do pleito com os documentos e/ou informações faltantes, no prazo de 7 dias estabelecido no artigo 32, inciso VI, da Lei nº 10.177/1998. Assim, o indeferimento de plano acaba sendo inevitável quando, mesmo após ter tido a oportunidade de sanar a ausência de elementos essenciais de seu pleito, o interessado queda-se inerte e/ou não o faz a contento. Infelizmente, muitos pedidos administrativos de reparação de danos realizados no Estado de São Paulo não passam pelo juízo de admissibilidade e são indeferidos de plano, pois, na maioria deles, o interessado não logra êxito em

⁴² SÃO PAULO (Estado). *Imprensa Oficial. Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15-2-2002.* Item III, 3. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002a.

⁴³ SÃO PAULO (Estado). *Lei Complementar nº 1.270 de 25 de agosto de 2015.* Lei Orgânica da Procuradoria - Geral do Estado de São Paulo. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2015.

apresentar fundamentos de fato e de direito devidamente alicerçados em documentos comprobatórios, restringindo-se a meros relatos dos acontecimentos desvinculados de provas constituídas.

Ainda assim, nos termos do artigo 55, inciso VII, da Lei nº 10.177/1998, da decisão de indeferimento de plano, caberá recurso hierárquico. Considerando-se que essa decisão é proferida pela Subprocuradoria-Geral da Consultoria, eventual recurso deverá ser dirigido ao Procurador-Geral do Estado⁴⁴, observando-se, no que couber, as disposições dos artigos 37 a 51 do mesmo diploma legal.

3.3 Fase de instrução, jurisprudência e curador da Fazenda

Superada a fase de admissibilidade com o preenchimento de todos os requisitos essenciais ao prosseguimento do feito, passa-se à fase na qual o Procurador Instrutor determinará as providências adequadas para completa conclusão da instrução do feito que permitirá a verificação dos elementos da responsabilidade civil do Estado e de eventuais causas excludentes e atenuantes que, por sua vez, viabilizarão a análise do mérito, a partir de todo conjunto fático probatório constante dos autos, e a elaboração de relatório final, a ser submetido ao Procurador-Geral do Estado, com proposta fundamentada da decisão⁴⁵.

Para tal, caso não o tenha feito quando do juízo de admissibilidade e/ou seja necessária complementação, o Procurador Instrutor poderá se valer da prerrogativa de requisitar diretamente, a quaisquer autoridades da Administração centralizada e descentralizada, todas as informações, documentos, perícias ou providências necessárias à completa instrução dos autos⁴⁶.

Além disso, poderá solicitar que determinados atos processuais, a serem realizados fora da Capital, sejam conduzidos por Procurador da respectiva Procuradoria Regional⁴⁷ e, na existência de dúvida quanto à matéria jurídica, seja auxiliado pela Consultoria Jurídica do respectivo órgão⁴⁸. Quanto ao último ponto, considerando-se que o Procurador Instrutor é da Área da Consultoria Geral por força do artigo 25, inciso I, item “b”, da Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado, a previsão de oitiva do órgão jurídico da Secretaria ou Autarquia envolvida fica, na prática, mais restrita a casos que envolvem efetivamente dúvida jurídica quanto a alguma especificidade do órgão ou entidade. Como exemplo, cita-se o caso em que uma pessoa pleiteou reparação de danos materiais decorrentes de despesas variadas relacionadas à viagem que

⁴⁴ Artigo 39 da Lei nº 10.177/1998.

⁴⁵ Artigo 2º, § 3º, do Decreto nº 44.422/1999.

⁴⁶ Artigo 3º, *caput*, do Decreto nº 44.422/1999 e disposições do Decreto nº 43.725/1998.

⁴⁷ Artigo 2º, § 1º, do Decreto nº 44.422/1999.

⁴⁸ Artigo 55, inciso IV, da Lei nº 10.177/1998.

fez para doação de medula óssea à sua irmã. Ora, por se tratar de situação excepcionalíssima, foi necessária a oitiva dos órgãos competentes da Secretaria da Saúde para que fosse possível verificar se existia alguma norma e/ou algum programa próprio da Pasta que permitissem a análise do mérito pleito nos termos em que fora formulado⁴⁹.

A legislação de regência estabelece expressamente que a decisão a ser proferida deverá ser compatível com a jurisprudência consagrada⁵⁰, bem como que o Procurador-Geral do Estado poderá designar Procurador do Estado para auxiliar a instrução do feito, exercendo o respectivo direito de recurso voluntário, na condição de curador dos interesses da Fazenda⁵¹. Tais previsões legais são de suma importância nessa fase do procedimento de reparação de danos, tendo em vista ser imprescindível que as decisões administrativas guardem consonância com a postura que a Procuradoria-Geral do Estado adota na defesa dos interesses do Estado em juízo e que, ao mesmo tempo, permitam que a eficácia pretendida pelo legislador seja alcançada⁵².

Como apontado previamente, a responsabilidade civil do Estado abrange suas funções administrativa, legislativa e judicial, sendo importante colacionar alguns exemplos de doutrina e jurisprudência consolidadas para que se possa entender como a teoria geral da responsabilidade civil do Estado se subsume a elas e como são essenciais na análise meritória pelo Procurador Instrutor.

José dos Santos Carvalho Filho, com base no conceito firmado por Aricê Moacyr Amaral Santos, define a função administrativa como “aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica”. Complementa o autor que, na prática, referida função tem sido considerada como residual por traduzir a gestão dos interesses coletivo e por não representar a elaboração de regras legais e tampouco a composição de lides, consistindo a função legislativa na criação de novo direito e a função jurisdicional na composição de litígios⁵³.

Para os atos administrativos, a regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração. Contudo, quanto aos atos legislativos e jurisdicionais, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. De acordo com Hely Lopes Meirelles, essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes administrativos (servidores) sem aludir aos agentes políticos (parlamentares

⁴⁹ Processo PGE-EXP-2019/04904.

⁵⁰ Artigo 1º, § 3º, do Decreto nº 44.422/1999.

⁵¹ Artigo 2º, § 2º, do Decreto nº 44.422/1999.

⁵² SÃO PAULO (Estado). Imprensa Oficial. **Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15-2-2002**. Item II. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002a.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 4-5.

e magistrados), que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de Poderes de Estado⁵⁴.

Quanto à responsabilidade civil do Estado relativa às suas atividades administrativas, tem-se vasta jurisprudência que deve nortear a análise feita pelo Procurador Instrutor no procedimento administrativo de reparação de danos. Em caso de morte de detento, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal somente é possível quando houver inobservância do dever específico de proteção estampado no artigo 5º, inciso XLIX, da Lei Maior⁵⁵. Isso porque comprovada causa impeditiva da atuação estatal protetiva do detento, rompe-se o nexo causal entre a suposta omissão do Poder Público e o resultado danoso. Outro exemplo interessante é o caso de danos causados a indivíduos em decorrência exclusiva de atos de multidões em que não há que se falar na responsabilidade civil do Estado, em razão de os atos serem praticados por terceiros e não por atuação estatal. Porém, excepcionalmente, quando demonstrado que o Estado teria possibilidade de garantir o patrimônio dos indivíduos e evitar os danos causados por atos de multidões e, mesmo assim, queda-se omissa, a excludente de responsabilidade é afastada, vislumbrando-se a responsabilidade subjetiva que demanda a demonstração de que aquela omissão representou uma falha no dever de agir.

No que importa à atuação legislativa, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira ensina que, em regra, ela não acarreta responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que a própria existência do Estado pressupõe o exercício da função legislativa que cria direitos e obrigações aos indivíduos. O principal obstáculo à responsabilização estatal por atos legislativos é o caráter genérico e abstrato das normas jurídicas que refuta a configuração de danos individualizados. Contudo, excepcionalmente, haverá responsabilidade estatal quando se tratar de leis de efeitos concretos e danos desproporcionais, de leis inconstitucionais e de omissão legislativa. Segundo o mesmo autor:

[...] A lei de efeitos concretos é uma lei em sentido formal, uma vez que sua produção pelo Poder Legislativo observa o processo de criação de normas jurídicas, mas é um ato administrativo em sentido material, em virtude dos efeitos individualizados. [...] Em verdade, ainda que a lei possua caráter geral, a responsabilidade poderá ser configurada se houver dano desproporcional e concreto a determinado indivíduo. Trata-se da responsabilidade do Estado por ato legislativo lícito, fundada no princípio dos encargos sociais.

[...] A segunda hipótese de responsabilidade do Estado legislador ocorre com a promulgação de lei inconstitucional. Nesse caso, a atuação legislativa extrapola os limites formais e/ou materiais fixados pelo texto

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 568.

⁵⁵ STF, RE nº 841.526/RS.

constitucional, configurando ato ilícito. É imprescindível a comprovação do dano concreto oriundo da aplicação da norma inconstitucional. [...] Em razão da presunção de constitucionalidade das leis, a responsabilidade somente poderá ser suscitada quando a lei for declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

[...] Além dos casos anteriormente assinalados, que tratam de atuação positiva do legislador, é possível, ainda, responsabilizar o Estado legislativo em caso de omissão, quando configurada a mora legislativa desproporcional. Em relação aos casos em que a própria Constituição estabelece prazo para o exercício do dever de legislar, o descumprimento do referido prazo, independentemente de decisão judicial anterior, já é suficiente para caracterização da mora legislativa inconstitucional e consequente responsabilidade estatal [...] Nos demais casos, a inexistência de prazo para o exercício do dever de legislar por parte do Poder Legislativo impõe a necessidade de configuração da mora legislativa por decisão proferida em sede de mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade. Com a decisão judicial que reconhece a omissão legislativa, o Estado é formalmente constituído em mora, abrindo-se caminho para respectiva responsabilidade⁵⁶.

Os atos jurisdicionais, segundo José dos Santos Carvalho Filho, são, em regra, imunes à responsabilização civil estatal por conta de dois princípios basilares: o da soberania do Estado posto que seus atos traduzem uma das funções estruturais do Estado, qual seja a jurisdição, refletindo, portanto, o próprio exercício da soberania; bem como o da recorribilidade dos atos jurisdicionais, tendo em vista que se um ato do juiz prejudica a parte no processo, ela tem mecanismos recursais (duplo grau de jurisdição) e outras ações para revisar aquele ato⁵⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro refuta os argumentos sobre a soberania de atos oriundos do Poder Judiciário e independência do juiz no exercício de suas funções, por entender que os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) não são soberanos e devem obediência à Constituição e às leis, não tendo o atributo da independência que lhe são próprios, o condão de excluir a responsabilidade do ente estatal. A autora também entende ser inaceitável o argumento de que o juiz não é funcionário público, defendendo que por ocupar cargo criado por lei e se enquadrar no conceito legal dessa categoria funcional, ainda que como agente político, está abrangido no vocábulo agente empregado no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

O argumento mais forte para ela é aquele que considera que o reconhecimento da responsabilidade do Estado por atos judiciais implica em ofensa à coisa julgada, devendo o Estado responder pelo prejuízo que a decisão judicial imutável ocasionou

⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. cit.*, p. 777-780.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 616-619.

a qualquer das partes, em decorrência de erro judiciário, sendo certo que os atos judiciais que não implicam exercício da função jurisdicional ensejam responsabilidade civil do Estado por se tratar de atos administrativos, quanto ao seu conteúdo⁵⁸. Em complementação, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira traz um contraponto interessante, quando elenca como um dos argumentos para afastar a responsabilidade civil do Estado pela prestação jurisdicional a recorribilidade das decisões judiciais, alegando que:

[...] o ordenamento jurídico consagra mecanismos específicos para correção de equívocos cometidos na prestação jurisdicional, notadamente os recursos e as ações autônomas de impugnação. Portanto, evidenciado o erro de procedimento (*error in procedendo*) ou erro de julgamento (*error in judicando*) por parte do magistrado, o interessado deve manejar os instrumentos jurídicos necessários à correção do problema. A formação da coisa julgada, fundada no princípio da segurança jurídica, impede a modificação da decisão judicial, tornando-a definitiva, hipótese em que o interessado não poderá alegar suposto erro judicial para responsabilizar o Estado. Apenas na hipótese de desconstituição da coisa julgada, com a demonstração do erro judiciário, seria possível responsabilizar o Estado⁵⁹.

Assim, quanto aos atos jurisdicionais, tem-se que a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelo exercício de função administrativa atípica pelo Poder Judiciário será aquela prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, enquanto a decorrente de ato judicial típico submete-se ao artigo 5º, inciso LXXV, também da Lei Maior, segundo o qual o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Vislumbra-se o erro judiciário, substancial e inescusável, quando o agente julgador age manifestamente com dolo ou fraude e a prisão ilegal quando esta é indevida ou há excesso de seu prazo. Também é cabível a responsabilização estatal quando houver demora na prestação jurisdicional (omissão) que cause dano desproporcional, tendo em vista que o artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Em qualquer um dos casos, a previsão de indenização decorre da responsabilidade civil subjetiva do Estado.

Uma das polêmicas que envolvem o tema diz respeito à abrangência da responsabilidade estatal no âmbito dessa função jurisdicional, ou seja, saber se ela se aplica apenas à esfera penal ou se também ao processo civil. Considerando-se que o dispositivo constitucional correspondente não fez qualquer distinção expressa nesse sentido, certo é que ela se aplica em ambas as esferas, penal e civil, até mesmo

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 835-837.

⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. cit.*, p. 780-781.

porque a demora na prestação jurisdicional pode acarretar danos tanto em uma quanto em outra.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, já se manifestou no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, uma vez que a administração da Justiça é um dos privilégios da soberania, de sorte que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença, previstas no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico⁶⁰.

Outro entendimento pacificado nos Tribunais Superiores é o que se refere a erro judiciário nas hipóteses em que o acusado vier a ser absolvido ao final da ação penal, inclusive, por falta de provas. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto ao decreto judicial de prisão preventiva não se confundir com o erro judiciário mesmo que o réu, no final da ação penal, venha a ser absolvido⁶¹. O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, firmou o entendimento de que a prisão preventiva e a prisão cautelar, devidamente fundamentadas e nos limites legais, inclusive temporal, não geram o direito à indenização em face de posterior absolvição por ausência de provas⁶².

Importante elucidar que para os danos causados por erro de cartório, notários e registradores, em 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado responde objetivamente pelos atos de tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentando o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa⁶³, superando entendimento anterior de que tal responsabilidade seria subsidiária por se tratar de delegação de atividade estatal.

Somado à previsão de compatibilidade da decisão com a jurisprudência consagrada, a legislação estadual paulista previu que nos procedimentos de reparação de danos, o Procurador-Geral do Estado poderia designar o chamado Curador da Fazenda, chamado a se manifestar nos autos, na prática, para auxiliar na instrução dos autos, especialmente quando a jurisprudência for tímida quanto a determinados temas e/ou quando controversa e não consolidada em determinado sentido, bem como quando existirem elementos passíveis do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, ocasião na qual o curador exercerá o respectivo direito

⁶⁰ STF, AgR no RE nº 228.035/SC, RE nº 219.117-4 e ARE nº 770.931.

⁶¹ STF, AgRg no RE nº 429.518/SC.

⁶² STJ, REsp nº 911.641/MS e AgRg no REsp nº 1.295.573/RJ.

⁶³ STF, RE nº 842.846/RJ.

de recurso voluntário, apresentando teses defendidas pela Fazenda Pública em juízo, de forma a garantir a congruência da atuação da Procuradoria-Geral do Estado na defesa dos interesses do Estado.

Na prática, o Procurador-Geral do Estado determina a designação de Curador da Fazenda, nos exatos termos do artigo 2º, § 2º, do Decreto nº 44.422/1999, sugerindo-se que a indicação recaia sobre Procurador do Estado com atuação no âmbito da Subprocuradoria do Contencioso Geral, dada a especialidade e experiência do Procurador em ações judiciais da mesma natureza e, em alguns casos de pedido de reparação de danos pela via administrativa decorrentes de decisões proferidas em ações judiciais que analisaram determinada conduta da Administração. Como exemplo, cita-se pleito indenizatório protocolado por policial militar⁶⁴ em decorrência de procedência de Ação Anulatória de Ato Administrativo que anulou a decisão administrativa que o considerou inapto na fase de Avaliação de Conduta Social de concurso público para Soldado da 2ª Classe da Polícia Militar do Estado de São Paulo, em virtude de fatos apurados em sua vida pregressa. Nesse caso, a então Procuradora-Geral do Estado designou Curador da Fazenda, tendo sido o pleito administrativo submetido à mesma Procuradora do Estado que atuou nos autos judiciais, garantindo-se a consonância da postura da Procuradoria-Geral do Estado na defesa dos interesses do Estado.

Com a edição da Lei Complementar nº 1.270/2015, passou-se a discutir a pertinência de submissão dos autos à análise e manifestação de Procurador do Estado atuante na Subprocuradoria do Contencioso Geral na qualidade de Curador da Fazenda, em virtude da ausência de previsão legal expressa no sentido de que aquela figura seja necessariamente exercida por aquela área e ante a previsão de que os procedimentos administrativos de reparação de danos devem ser realizados pela Subprocuradoria-Geral da Consultoria Geral⁶⁵.

Ora, antes da edição daquela norma, vigia a Lei Complementar nº 478/1986 cujos artigos 28, inciso V, e 29, inciso III, previam ser atribuição, respectivamente, da Procuradoria de Assistência Judiciária Civil e Procuradoria de Assistência Judiciária Criminal “prestar assistência a pessoas necessitadas, vítimas de crime, objetivando a reparação de danos e a solução de problemas jurídicos surgidos ou agravados com o delito” e “prestar orientação jurídica aos legalmente necessitados no âmbito extrajudicial”. Mesmo após a transferência dos serviços de assistência judiciária da Procuradoria-Geral do Estado para a Defensoria Pública do Estado⁶⁶, a figura do Curador da Fazenda era usualmente exercida por Procurador da Área do Contencioso

⁶⁴ Processo PGE-EXP-2021/03878.

⁶⁵ Artigo 25, inciso I, item “b”, da Lei Complementar nº 1.270/2015.

⁶⁶ Artigo 3º das Disposições Transitórias da Lei Complementar nº 988/2006.

Geral, mesmo sendo o procedimento de reparação de danos, em si, atribuição de área diversa.

Além disso, o Decreto nº 44.422/1999 previu que a atuação do Curador da Fazenda se daria em caráter subsidiário à do Procurador Instrutor, pugnando-se pela defesa dos interesses do Estado na qualidade de recurso voluntário. Nesse sentido, tem-se que a manifestação do Curador da Fazenda, além de facultativa, não vincula a decisão pelo Procurador Instrutor, mas na qualidade de recurso voluntário interposto, é essencial para a formação de sua convicção para elaboração do relatório final fundamentado a ser submetido, na forma de Parecer, ao Procurador-Geral do Estado.

Por óbvio, não seria plausível que ambas figuras fossem exercidas pelo mesmo Procurador do Estado, e, em alguns casos, por Procuradores da mesma área. Ainda assim, para que se garanta a estrita observância da previsão legal estampada no artigo 2º, § 2º, do mencionado Decreto, com o exercício do direito de recurso voluntário por Curador da Fazenda, essencial ao deslinde de alguns processos administrativos, entende-se que, ante a ausência de previsão legal expressa definindo a competente área de atuação do Procurador do Estado a ser designado como Curador da Fazenda, compete ao Procurador-Geral do Estado definir, conforme cada caso concreto, a qual área remeter os autos considerando-se as especificidades de atuação de cada qual, tendo em vista ser essencial que sua manifestação seja exarada por aqueles que estão mais afinados com a defesa cotidiana do Estado em demandas judiciais da mesma natureza que as trazidas nos autos administrativos indenizatórios.

3.4 Relatório final, decisão de mérito e recurso hierárquico

Tendo sido realizadas todas as diligências necessárias e estando os autos integralmente instruídos, deverá o Procurador Instrutor elaborar relatório final com proposta fundamentada da decisão de mérito a ser submetida ao Procurador-Geral do Estado⁶⁷. Apesar da previsão de que “*terminada a instrução dos autos, a autoridade decidirá, em despacho motivado, nos 20 (vinte) dias subsequentes*”⁶⁸ fixada para o procedimento de outorga, tem-se que, na prática, referido prazo dificilmente é observado, em virtude das especificidades próprias do procedimento administrativo de reparação de danos. Assim, adota-se a regra geral do artigo 33 da Lei nº 10.177/1998, segundo a qual “o prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias”.

A manifestação do Procurador Instrutor se dá na forma de Parecer, no qual constam relatório, fundamentação e conclusão. No relatório, normalmente, se tem a narração dos fatos alegados pelo requerente, acompanhada da lista de documentos

⁶⁷ Artigo 2º, § 3º, do Decreto nº 44.422/1999.

⁶⁸ Artigo 55, inciso VI, da Lei nº 10.177/1998.

que instruíram o pleito, bem como indicação de eventuais complementações e pronunciamento do Curador da Fazenda. A parte mais importante é a fundamentação jurídica na qual o Procurador Instrutor deve demonstrar sua convicção abordando todos os elementos da responsabilidade civil para verificar sua ocorrência ou não, de modo a permitir que na conclusão manifeste-se, motivadamente, pelo deferimento (total ou parcial) ou indeferimento do pleito, devendo a decisão adotar critérios objetivos para determinação do valor do ressarcimento, conforme artigo 1º, § 3º, do Decreto nº 44.422/1999.

Os casos que envolvem reparação de danos materiais costumam ser mais simples, pois o deferimento do pleito depende da verificação dos elementos da responsabilidade civil do Estado, sendo certo que o valor a ser ressarcido, necessariamente, já vem comprovado nos autos em orçamentos, recibos e/ou notas fiscais. Importa ao Procurador Instrutor verificar se, de fato, houve desembolso do montante requerido, isto é, se o interessado efetivamente faz *jus* ao reembolso do valor requerido a título de danos emergentes e/ou lucros cessantes. Tal informação é relevante pois, já houve caso em que a interessada, vítima de acidente ocorrido em linha férrea operada pelo Estado de São Paulo, pleiteou o pagamento de indenização para viabilizar o tratamento dentário na forma prescrita por seu dentista, juntando apenas orçamento. No Parecer SUBG-CONS nº 68/2018, recomendou-se a juntada do respectivo recibo de pagamento dos serviços, o que foi reforçado nos Pareceres SUBG-CONS nº 78/2020 e nº 111/2020 que concluíram pela inviabilidade de pagamento indenizatório de valores ainda não desembolsados, referendando que “referido valor só poderá ser efetivamente repassado à vítima se e quando forem apresentados os documentos que comprovem o gasto com seu tratamento dentário”.

Por outro lado, uma das maiores dificuldades de todo procedimento administrativo de reparação de danos, encontra-se nos casos que envolvem danos morais, pois, apesar de o interessado indicar expressamente o montante atualizado que pretende receber a título indenizatório, muitas vezes, apresenta valores absolutamente desproporcionais que, se deferidos, poderiam configurar enriquecimento indevido vedado no ordenamento jurídico brasileiro, consoante artigo 884 do Código Civil. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou que a “fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, levando-se em consideração o critério da proporcionalidade, bem como as peculiaridades de cada espécie”⁶⁹. Ademais, os casos que envolvem danos morais normalmente envolvem maior complexidade e, ante a inexistência de uma legislação abrangente sobre o tema, ensejam imensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

⁶⁹ STJ, REsp nº 1.034.302/RS.

A Municipalidade de São Paulo, por exemplo, recentemente excluiu a reparação de danos morais, danos estéticos ou qualquer outra lesão a bens imateriais do procedimento administrativo de reparação de danos devidos pela Fazenda Pública Municipal, passando a admiti-lo apenas para “reparação de danos patrimoniais por lesão a bens materiais causados por ação ou omissão na prestação de serviços públicos pela Fazenda Pública Municipal, em casos de menor complexidade”, sendo estes definidos como aqueles que “não exijam a realização de prova técnico-pericial incompatível com os meios administrativos ordinários”⁷⁰.

No Estado de São Paulo, no intuito de tentar uniformizar a atuação administrativa e considerando-se que decisão de deferimento proferida deverá adotar critérios objetivos para determinação de eventual valor a ser ressarcido⁷¹, fixou-se, em caráter normativo no Processo GPGE-PI 18487-180596/2007, o teto de R\$ 100.000,00 para indenização por danos morais em decorrência de morte, por analogia ao disposto na Lei nº 12.406/2006 que dispõe sobre a indenização dos familiares de integrantes da carreira da Polícia Militar, mortos fora do serviço, no período de maio a julho de 2006, tendo o Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 36/2001, em complementação, definido que a limitação deveria ser imposta por legitimado, posto estar mais de acordo com o caráter compensatório que se atribui à indenização por danos morais.

[...] se o objetivo da indenização por dano moral é propiciar um conforto compensatório da dor e do sofrimento, que essa reparação seja estabelecida em função da situação dos legitimados (credores). Ademais, limitar-se a indenização por danos morais por evento não traria grandes resultados práticos no seguinte sentido: se, por exemplo, o cônjuge-supérstite pleiteia separadamente dos filhos, o pagamento a quem pediu primeiro inviabilizaria o pagamento a quem demandou por último; este último, tomando conhecimento da vitória do primeiro, e com base no precedente administrativo, naturalmente demandaria em Juízo, com grandes chances de ser ali vencedor⁷².

Ainda que admitida a reparação de danos morais por legitimado, é imprescindível que o Procurador Instrutor apure cabalmente a legitimidade de cada pleiteante. Isso porque se todos aqueles que sofressem abalo moral pudessem buscar sua compensação, ou, em outro patamar, se a investigação pura e simples acerca

⁷⁰ SÃO PAULO (Município). **Decreto Municipal nº 61.085/2002**. Introduce alterações nos artigos 1º, 2º e 3º, bem como na ementa, todos do Decreto nº 57.739, de 14 de junho de 2017, que estabelece procedimento administrativo para reparação de danos pela Fazenda Pública Municipal. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002b.

⁷¹ Artigo 1º, § 3º, do Decreto nº 44.422/1999.

⁷² SÃO PAULO (Estado). Imprensa Oficial. **Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15-2-2002**. Item III, 7. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002a.

do sofrimento experimentado por alguém fosse suficiente para conferir legitimidade à pretensão, a cadeia de legitimados para pedir a compensação de dor moral se estenderia *ad infinitum*, abarcando todos os parentes, amigos, vizinhos ou, até mesmo, admiradores da vítima⁷³.

Considerando-se o teto fixado para indenização de danos morais pela Administração Pública bandeirante, tem-se que os casos que envolvem esse tipo de dano, sem o evento morte, devem ter seus valores balizados de acordo com a gravidade do dano experimentado pelo requerente e de acordo com a jurisprudência consagrada em casos similares. Logo, diante de um caso de danos morais por lesão corporal, por exemplo, deve o Procurador Instrutor respeitar o teto de R\$ 100.000,00 e, de acordo com a jurisprudência consolidada nos Tribunais, fixar um montante que compense, de forma razoável e proporcional, o dano sofrido, nos termos do artigo 944 parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Não é objetivo deste artigo, analisar de forma pormenorizada as inúmeras situações que importariam em responsabilidade civil do Estado por danos morais com a respectiva análise da fixação do respectivo *quantum* indenizatório, sendo suficientes para a presente análise, a indicação do teto fixado no âmbito da Administração Pública, bem como mencionar que no Relatório Final aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 15/02/2002 encontram-se mais diretrizes e orientações quanto à fixação e à extensão de danos materiais e morais, inclusive quanto à previsão de pagamento de pensão nos casos de comprovada dependência econômica do legitimado em relação ao falecido⁷⁴, sendo certo que, na prática administrativa, a jurisprudência com critérios objetivos tem sido o parâmetro adotado para determinação dos valores devidos, conforme artigo 1º, § 3º, do Decreto nº 44.422/1999.

Frise-se que, quando os elementos colhidos puderem conduzir ao indeferimento do pleito indenizatório, o requerente deverá ser intimado para manifestação final, no prazo de sete dias, conforme artigo 55, inciso V, da Lei nº 10.177/1998, devendo o Procurador Instrutor reportar tal fato no relatório de seu parecer e, igualmente, manifestar-se sobre as alegações finais do interessado, desde que relevantes ao deslinde do feito e que não sejam mera repetição do quanto anteriormente alegado.

Após a elaboração do relatório final pelo Procurador Instrutor com proposta de deferimento (total ou parcial) ou indeferimento, os autos são diretamente remetidos ao Procurador-Geral do Estado a quem compete proferir a decisão final de mérito. Normalmente, essa decisão se dá com a aprovação do Parecer Jurídico por aquela autoridade, retornando os autos à Subprocuradoria-Geral da Consultoria para o prosseguimento do feito, conforme a decisão final proferida.

⁷³ STJ, REsp nº 866220/BA e REsp nº 1.270.983/SP.

⁷⁴ SÃO PAULO (Estado). Imprensa Oficial. **Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15-2-2002**. Item III, 8 a 13. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002a.

Nos casos de indeferimento do pleito indenizatório, determina-se a notificação do interessado para ciência da decisão e, caso entenda necessário, interponha o recurso hierárquico cabível, nos termos do artigo 55, inciso VII, da Lei nº 10.177/1998. Ante a inexistência de prazo específico para sua interposição pelo interessado no procedimento de reparação de danos, adota-se aquele previsto no artigo 44 do mesmo diploma legal, segundo o qual “salvo disposição legal em contrário, o prazo para apresentação de recurso ou pedido de reconsideração será de 15 dias contados da publicação ou notificação do ato”. Além disso, consoante artigo 39 da mesma lei, ante a inexistência de norma legal dispendo de outro modo, será competente para conhecer do recurso a autoridade imediatamente superior àquela que praticou o ato, logo, da decisão proferida pelo Procurador-Geral do Estado, caberá recurso ao Governador do Estado de São Paulo, observando-se, no que couber, os artigos 37 a 51 da Lei nº 10.177/1998.

Já nas hipóteses de deferimento parcial ou total, o feito prossegue na via administrativa com vistas ao pagamento da indenização ao interessado e análise da viabilidade de eventual direito de regresso, conforme exposto a seguir.

3.5 Pagamento, quitação e direito de regresso

Da análise combinada dos artigos 65, inciso VI, da Lei nº 10.177/1998 e 5º do Decreto nº 44.422/1999, a partir do reconhecimento definitivo do direito à indenização na esfera administrativa, com o acolhimento total ou parcial do pedido, será realizada a inscrição do valor atualizado do débito, em ordem cronológica, intimando-se o interessado. Apesar de tal previsão normativa, tem-se na prática, procedimento um pouco diverso que, em harmonia com os princípios constitucionais da legalidade e da eficiência, somado aos princípios da celeridade, economia, simplicidade e utilidade dos trâmites previstos no artigo 25 da Lei nº 10.177/1998, considera todo arcabouço normativo do tema e garante que, simultaneamente, sejam adotadas as providências cabíveis para a efetivação do pagamento indenizatório e para a verificação do cabimento de regresso contra o agente público causador do dano.

Assim, restituído o feito à Subprocuradoria-Geral da Consultoria com a decisão definitiva exarada pelo Procurador-Geral do Estado, o Procurador Instrutor deve providenciar a imediata notificação do interessado para, além de tomar ciência da decisão proferida, anuir com o valor indenizatório deferido e indicar conta bancária de sua titularidade para pagamento. Caso não haja anuência expressa do interessado no prazo de dez dias contados de sua intimação, considerar-se-á sua concordância tácita; e, caso não concorde com o valor fixado, poderá interpor recurso hierárquico e/ou apresentar desistência do feito na esfera administrativa, conforme artigo 65, inciso VII, da Lei nº 10.177/1998, o que ensejará arquivamento do feito.

Com a anuência expressa e tempestiva do interessado ou operando-se tal de forma tácita, não constatada a impossibilidade de regresso, faz-se necessária a instauração de novo processo administrativo, para tratar única e tão somente das questões financeiras afetas ao pagamento, instruído com o pedido inaugural de reparação de danos, decisão final do Procurador-Geral do Estado e anuência (expressa ou tácita) do interessado com o valor deferido, devendo o feito principal seguir seu trâmite com vistas às apurações cabíveis quanto a eventual direito de regresso contra o agente público causador do dano.

Assim, enquanto o novo processo administrativo financeiro é encaminhado aos órgãos competentes da Procuradoria-Geral do Estado para inscrição do débito e efetivação do pagamento, conforme regramento do artigo 65, incisos VI e VIII, da Lei nº 10.177/1998; os autos principais são remetidos à origem para complementação de sua instrução com informações e documentos relativos a procedimento apuratório de eventual responsabilidade civil de agente público, por culpa ou dolo, sendo facultada à Procuradoria-Geral do Estado determinar sua instauração de ofício⁷⁵, caso já não constem nos autos os documentos correspondentes.

No que tange ao pagamento, insta registrar que, conforme previsão expressa dos artigos 65, inciso VIII e IX, da Lei nº 10.177/1998 e 10 do Decreto nº 44.422/1999, os débitos inscritos até 1º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte⁷⁶, à conta de dotações orçamentárias próprias consignadas no orçamento vigente, sendo certo que o depósito do valor inscrito atualizado monetariamente⁷⁷ até o mês do pagamento na conta bancária de titularidade do interessado, importará em quitação do débito. Importante consignar que para danos patrimoniais a data de início da atualização monetária é a do efetivo desembolso dos valores pelo requerente e para os morais considera-se a data da decisão definitiva exarada pelo Procurador-Geral do Estado ou, se o caso, da decisão pela autoridade que tenha analisado eventual recurso interposto.

Aqui, alguns apontamentos são relevantes: o primeiro é que a previsão de pagamento de valores inscritos antes do dia 1º de julho poderão ser efetivados no exercício subsequente ao da inscrição, o que, de *per se*, já torna o procedimento administrativo de reparação de danos mais atrativo que o judicial no qual se aplicam as regras já mencionadas do artigo 100 da Constituição Federal; o segundo é que

⁷⁵ Artigo 68, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 10.177/1998.

⁷⁶ Tal previsão não se confunde com o regime especial de precatórios judiciais e, portanto, não se lhe aplicam eventuais alterações relativas aos artigos respectivos da Constituição Federal, sendo cediço que o dispositivo da lei estadual (artigo, 65, VIII) traz regra específica do procedimento administrativo de reparação de danos quanto aos prazos a serem observados para fins de inscrição e pagamento de indenizações pela via extrajudicial.

⁷⁷ Como consignado no Parecer SUBG-CONS nº 68/2018, “o índice utilizado pelo Estado para a atualização monetária em casos análogos é o IPC, que é a base de cálculo da UFESP”.

a conta bancária deve ser do Banco do Brasil e é imperioso que seja de titularidade do requerente, sendo inviável, por exemplo, o depósito do montante em conta bancária de titularidade de advogado constituído⁷⁸ ou de uso de única conta bancária para pagamento de indenizações devidas a requerentes diversos⁷⁹, ainda que oriundas do mesmo feito; o terceiro é que a atualização monetária do valor devido é efetivada até o mês do desembolso da quantia, assim, caso o depósito não seja possível, por exemplo, porque a conta fornecida não estava ativa, não será devido o pagamento residual da atualização monetária até a regularização da conta bancária, posto que, nos termos do artigo 396 do Código Civil “não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”⁸⁰; e, por fim, que, nos termos do artigo 66 da Lei nº 10.177/1998, nas indenizações pagas não incidirão juros, honorários advocatícios ou qualquer outro acréscimo.

Conforme diretriz do Relatório Final, aprovado por Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15/02/2002, “tratando-se de via alternativa, a satisfação administrativa não pode contemplar a possibilidade de rediscussão do fato em outras instâncias”⁸¹, logo, reconhecido o direito à reparação de danos e tendo o interessado anuído, expressa ou tacitamente, com o valor do pagamento fixado na decisão final, ele não mais poderá valer-se da via judicial para pleitear reparação de danos pelo mesmo fato e mesmo direito.

Como exposto anteriormente neste artigo, a Constituição Federal de 1988 consolidou de forma definitiva, em seu artigo 37, § 6º, a responsabilidade objetiva do Estado, assegurando o direito de regresso em face de seus respectivos agentes que respondem subjetivamente. Decorre daí que, após indenizar a vítima, o Estado tem o dever de cobrar, regressivamente, o montante desembolsado perante o agente público causador do dano que tenha agido com dolo ou culpa.

Ao prever que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, consagrou ser imprescritível as ações de ressarcimento dos prejuízos suportados pelo Estado, frutos de dolo ou culpa de agente público. Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter decidido que referida imprescritibilidade refere-se apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente tipificados como ilícitos dolosos de improbidade ou como ilícitos penais⁸²,

⁷⁸ Cota SUBG-CONS nº 78/2021.

⁷⁹ Parecer SUBG-CONS nº 78/2020.

⁸⁰ Cota SUBG-CONS nº 384/2020.

⁸¹ SÃO PAULO (Estado). Imprensa Oficial. **Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15-2-2002**. Item III, 15. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002a.

⁸² STF, RE nº 636.886/AL.

parte relevante da doutrina continua posicionando-se por sua imprescritibilidade. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

[...] no que concerne à pretensão ressarcitória (ou indenizatória) do Estado, a Constituição assegura a imprescritibilidade da ação. Assim, não há período máximo (vale dizer: período prescricional) para que o Poder Público possa propor a ação de indenização em face de seu agente, com o fito de garantir o ressarcimento pelos prejuízos que o mesmo lhe causou⁸³.

A Lei nº 10.177/1998 disciplina em seus artigos 68 a 70 como o Estado de São Paulo exercerá o direito de regresso contra seu agente público que tenha causado dano a título de dolo ou culpa. Na prática, a verificação da ocorrência dos elementos subjetivos usualmente se dá no bojo de apuração preliminar ou sindicância, sendo suficientes as informações neles constantes para que o Procurador Instrutor analise a pertinência ou não de prosseguimento da cobrança contra aquele. No processo administrativo de reparação de danos principal que seguiu trâmite para referida verificação, usualmente, são juntados os documentos mais importantes dos procedimentos apuratórios, tais como, relatório final da Comissão responsável pelos trabalhos devidamente aprovado pela autoridade competente, eventuais laudos periciais e/ou outros documentos relevantes que atestem de forma incontroversa se fora constatada conduta culposa ou dolosa para que o Estado possa se valer de seu direito de regresso. Cita-se, como exemplo, caso de perseguição policial que resultou em lesão corporal a terceiro decorrente de troca de tiros entre os infratores e os militares, no qual laudo pericial juntado aos autos não foi conclusivo quanto a qual arma de fogo teria disparado o projétil alojado no corpo da vítima, restando prejudicado o direito de regresso previsto em aludida legislação contra os agentes envolvidos⁸⁴.

Assim, nos termos dos artigos 69 e 70 da Lei nº 10.177/1998, concluindo-se pela responsabilidade civil do agente, o Procurador Instrutor deverá providenciar sua notificação para que, em trinta dias, recolha aos cofres públicos o montante, atualizado monetariamente, do prejuízo suportado pela Fazenda, sendo que vencido o prazo sem o ressarcimento do erário estadual, deverá o Procurador Instrutor remeter o feito administrativo de reparação de danos para a Área do Contencioso Geral que analisará o cabimento do ajuizamento de ação regressiva para cobrança do débito em face do agente público e adotará as providências necessárias para tal.

Os autos são então arquivados quando verificada a impossibilidade de regresso e quando há o pagamento pelo agente causador do dano na esfera administrativa, devendo o Procurador Instrutor fazer constar tais informações no procedimento financeiro instaurado, o qual também deverá ser arquivado. Nas hipóteses em que cabível o direito de regresso pela via judicial, ante o não recolhimento voluntário

⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 627.

⁸⁴ Processo GDOC nº 16550-478217/2017.

dos valores devidos pelo agente, os autos administrativos seguirão trâmite no âmbito da Subprocuradoria-Geral do Contencioso Geral até final deslinde da ação judicial de cobrança, ocasião na qual os autos administrativos poderão ser arquivados.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se concluir que, desde sua origem até a atualidade, o instituto da responsabilidade civil do Estado se desenvolveu e passou a constituir importante mecanismo de contenção da atuação estatal. Com base na teoria geral da responsabilidade civil somada a derivações do direito público, o ordenamento jurídico brasileiro passou a considerá-la como obrigação imposta ao erário de reparar economicamente os danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos imputáveis a seus agentes públicos.

Assim, em harmonia com os preceitos do Estado Democrático de Direito e adotando a teoria do risco administrativo, a Constituição Federal de 1988 consagrou de forma definitiva a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, ao prever, em seu artigo 37, § 6º, que elas responderão pelos danos que as condutas comissivas (ações) de seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Quando os danos forem resultantes de conduta omissiva (omissão/abstenção) de seus agentes, estar-se-á diante da modalidade subjetiva da responsabilidade civil do Estado pautada na teoria da culpa administrativa. Em qualquer um dos casos, devem restar configurados o dano patrimonial e/ou moral, a causa tida como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, atribuída ao Poder Público, bem como a relação de causa e efeito entre a conduta estatal e o dano experimentado pelo terceiro, sendo possível que a responsabilidade civil do Estado seja afastada quando presentes as chamadas excludentes capazes de romper o nexo causal entre causa e dano (força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro) ou atenuada quando houver concorrência de causas, o que ensejará a diminuição do valor da indenização.

Apesar de a maioria das demandas de natureza serem judicializadas, tem-se, no âmbito administrativo, importante alternativa para reparação dos danos causados pelo Estado, sem a necessidade de uso da máquina judiciária e, conseqüentemente, desvinculada da disciplina própria de pagamentos devidos pela Fazenda Pública em ações judiciais, previsto no artigo 100 da Constituição Federal.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.177/1998 e o Decreto nº 44.422/1999 disciplinam de forma pormenorizada o procedimento administrativo de reparação de danos que, somados ao Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15/02/2002 que aprovou o Relatório Final produzido pelo Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 36/2001, especificam as hipóteses de seu cabimento e competência com indicação de prazos prescricionais, fixam requisitos de sua admissibilidade

e indicam os elementos essenciais à sua completa instrução, para que seja possível exarar-se decisão final pela autoridade competente, compatível com a jurisprudência consagrada, com a previsão de quitação do débito com o pagamento da quantia devida, interposição de recurso hierárquico nos casos de indeferimento e de direito de regresso contra o agente, nos casos em que reconhecida a responsabilidade civil do Estado decorrente de condutas dolosas ou culposas do agente público causador do dano.

Em que pese referido procedimento ainda se mostrar tímido no âmbito do Estado de São Paulo, ante a busca da composição de litígios dessa natureza ser majoritariamente submetida à apreciação do Poder Judiciário, mostra-se de suma importância que o procedimento administrativo de reparação de danos seja mais incentivado, com ampla divulgação de suas principais diretrizes, para que possa se afirmar como principal mecanismo alternativo passível de garantir maior celeridade à garantia do direito daquele que sofreu danos decorrentes da atuação estatal, bem como, na medida do possível, evitar o uso excessivo da máquina judiciária para tal e, conseqüentemente, ônus de eventual condenação do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8865, 20 out. 1969. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932**. Regula a prescrição quinquenal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1932. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de janeiro de 2002**. Institui o novo Código Civil brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE com Agravo 843.559/RJ**. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 02 dez. 2014. Brasília, DF: STF, 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7495549>. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.034.302 – RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 17 mai. 2011. Brasília, DF: STF, 2011a. Disponível em: ht-

[tps://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800401749&dt_publicacao=23/05/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800401749&dt_publicacao=23/05/2011). Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 1.106.715/PR**. Relator Min. Benedito Gonçalves. Data do Julgamento: 03 mai. 2011. Brasília, DF: STF, 2011b. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1106715_PR_1306478221212.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0675MCVA&Expires=1728396263&Signature=Dymfd1VzB3gv%2FOYrLMFql2KgQrA%3D. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REsp nº 841.526/RS**. Plenário. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 30 mar. 2016. Brasília, DF: STF, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 8 out. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil, Volume VIII. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 16 mar. 2023.

SÃO PAULO. **Decreto nº 43.725, de 28 de dezembro de 1998**. Regulamenta o disposto no art. 103, inciso II, da L.C. 478, de 18/07/1986, que outorga ao Procurador do Estado a prerrogativa de requisitar das autoridades competentes certidões, informações e diligências necessárias ao desempenho de suas funções. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 1998a. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1998/decreto-43725-28.12.1998.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO. **Decreto nº 44.422 de 23 de novembro de 1999**. Regula o processo administrativo de reparação de danos de que trata a Lei nº 10.177, de 30/12/1998. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 1999. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1999/decreto-44422-23.11.1999.html>. Acesso em: 16 mar. 2023.

SÃO PAULO. Imprensa Oficial. **Despacho do Procurador-Geral do Estado de 15-2-2002**. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002a. Disponível em: http://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2002%2fexecutivo%2520secao%2520i%2ffevereiro%2f23%2fpag_0034_ACVITSFMM1A-30e9A4ELO62RA02O.pdf&pagina=34&data=23/02/2002&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=10034. Acesso em: 16 mar. 2023.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 478, de 18 de julho de 1986**. Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 1986. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1986/lei.complementar-478-18.07.1986.html>. Acesso em: 08 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 1.270 de 25 de agosto de 2015**. Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/original-lei.complementar-1270-25.08.2015.html>. Acesso em: 16 mar. 2023.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 1998b. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: 16 mar. 2023.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 988, de 09 de janeiro de 2006**. Organiza a Defensoria Pública do Estado, institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Resolução Conjunta PGE-DPG nº 1 de 04 de janeiro de 2007**. Disciplina a transferência dos serviços de assistência judiciária prestados pela Procuradoria Geral do Estado à Defensoria Pública. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.portal.pge.sp.gov.br/resolucao-disciplina-transferencia-dos-servicos-da-aj-para-a-defensoria-publica/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo – PGE/SP. **Resolução PGE nº 36, de 23 de janeiro de 2001**. Reparação de Danos Causados por Agente

Público. Grupo de Trabalho. Diário Oficial do Estado de São Paulo: Poder Executivo, Seção I, p. 24, São Paulo, 2001. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/boletim12001/legislacao/pge/resolucaoopge36.htm>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Município). **Decreto Municipal nº 61.085/2002**. Introduce alterações nos artigos 1º, 2º e 3º, bem como na ementa, todos do Decreto nº 57.739, de 14 de junho de 2017, que estabelece procedimento administrativo para reparação de danos pela Fazenda Pública Municipal. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-61085-de-24-de-fevereiro-de-2022>. Acesso em: 15 mar. 2023.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTRUÇÃO DA FEDERAÇÃO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DA CORTE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

The Supreme Federal Court and the shaping of the Federation: an analysis of the Court's recent case-law on the judicial review of state constitutions

Rafael Viotti Schlobach¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Metodologia; 3. Análise dos Acórdãos pesquisados; 3.1 Revisitando os conceitos de autonomia constituinte formal e material; 3.2 Incompetência do poder constituinte estadual frente à reserva de iniciativa legislativa dos Poderes Executivos estaduais; 3.3 Normas constitucionais estaduais originárias ou derivadas: há distinção de tratamento no que se refere às reservas de iniciativa?; 3.4 Permanência da simetria federativa como recurso argumentativo limitador da autonomia dos Estados; 3.5 Alguns casos particulares: precedentes acerca da autonomia dos Estados-membros para inovarem na seara do processo legislativo estadual; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho retoma pesquisa realizada em 2014 que teve como objeto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no controle de constitucionalidade de normas das Constituições Estaduais. O ponto de partida do estudo é a dicção do artigo 25 da Constituição Federal (CF), que determina que os Estados se organizem por suas próprias Constituições e leis, respeitados os princípios da CF. O objetivo foi analisar a forma como o STF tem interpretado referido dispositivo na análise da constitucionalidade de arranjos institucionais subnacionais que não encontram exata contrapartida no texto constitucional federal. Para tanto, foram selecionados 65 Acórdãos proferidos pelo STF no controle de constitucionalidade abstrato de dispositivos constitucionais estaduais. A pesquisa revelou permanência do posicionamento centralista da Corte, a qual tende a censurar arranjos institucionais previstos pelas Constituições Estaduais sem exato reflexo na Constituição Federal, com fundamento no argumento da simetria federativa. Por outro lado, alguns julgados pontuais revelaram posicionamentos críticos à simetria federativa, buscando até mesmo dialogar com a crescente produção doutrinária acerca dessa temática. Enfim, o que se verifica é uma intensa insegurança jurídica decorrente da ausência de critérios claros e concretos para aplicação – ou não – da simetria federativa, culminando na censura de um grande número de iniciativas constitucionais inovadoras imaginadas pelos Estados.

Palavras-chave: Federalismo. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Simetria federativa. Autonomia.

ABSTRACT

This paper resumes previous research carried out in 2014, which analyzed the Supreme Federal Court's (STF) case-law on the judicial review of State Constitutions. The starting point of the research was the prescription of art. 25 of the Federal

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE-SP). Bacharel em Direito pela USP, com dupla titulação pela Université Jean Moulin – Lyon 3 (Parceria PITES).

Constitution, which determines that States shall organize themselves according to their own Constitutions and laws, as long as they respect the principles of the Federal Constitution. The aim was to assess how the STF has interpreted that constitutional provision when reviewing the constitutionality of subnational institutional arrangements that have no counterpart in the Federal Constitution. The research analyzes 65 decisions rendered by the STF on the abstract judicial review of State Constitutions. The analysis showed a permanence of the Court's centralist approach, which tends to invalidate State's institutional arrangements with no counterpart in the Federal Constitution, based on the argument of federal symmetry. On the other hand, some decisions revealed critical approaches to the symmetry argument, and even engaged with the increasing scholarly production on this topic. In conclusion, there is an intense legal uncertainty due to the absence of clear and concrete criteria for the applicability of the federal symmetry, thus resulting in the invalidation of many innovative constitutional initiatives imagined by the States.

Keywords: Federalism. Judicial review. Supreme Federal Court. Federal symmetry. Autonomy.

1. INTRODUÇÃO

A teoria do Estado Federal e a doutrina do Poder Constituinte apresentam importante interface no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, incorporada no artigo 25 da Constituição Federal de 1988, que preceitua: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”². Aparece, nesse dispositivo, a noção de Poder Constituinte decorrente³: trata-se do Poder atribuído aos Estados pela Constituição Federal – portanto, mais um poder *constituído* do que propriamente *constituente* – para que esses elaborem suas próprias Constituições estaduais. Esse poder é reflexo direto da autonomia organizacional atribuída aos Estados-membros da Federação brasileira.

De forma mais concreta, esse dever dos Estados de elaborarem suas próprias Constituições ficou previsto no artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): “Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”⁴. Dos 26 Estados brasileiros,

² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

³ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218. Ramos traz a denominação *Poder Constituinte decorrente* citando Manuel Gonçalves Ferreira Filho e Anna Cândida da Cunha Ferraz.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

19 promulgaram suas Constituições exatamente um ano após a Constituição Federal, no dia 5 de outubro de 1989⁵.

A premissa que orienta este trabalho é quase explícita nos dois dispositivos constitucionais supramencionados: tanto o artigo 25 da Constituição Federal, quanto o artigo 11 do ADCT exigem que as Constituições Estaduais *respeitem os princípios* contidos na Constituição Federal. Fica evidente, nesses dispositivos, a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade das normas contidas nas Constituições Estaduais, justamente para verificar se obedecem ou não àqueles *princípios*. Como determina a Constituição Federal, o controle de constitucionalidade fica a cargo do Supremo Tribunal Federal (STF), instância máxima do Poder Judiciário.

O STF, com suas amplas competências atribuídas pela Constituição de 1988, apresenta relevante papel na Federação brasileira, na medida em que tem a possibilidade de interferir e até mesmo de moldar a autonomia dos Estados-membros. O art. 102, I, “a” da CF-88 atribuiu ao Supremo a competência para julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade de *leis ou atos normativos estaduais*, motivo pelo qual se enquadram nessa categoria dispositivos das Constituições Estaduais.

É relevante compreender mais detalhadamente a forma como a Corte realiza o controle de constitucionalidade de normas tão peculiares como as Constituições Estaduais, bem como as possíveis implicações desse controle na própria Federação brasileira. Inclusive, Roger Stiefelmann Leal aponta que “torna-se fundamental a existência de um órgão que exerça o controle da Federação e dê a interpretação definitiva à Constituição Federal” e que “o papel deste órgão, além de guardar a Constituição, consiste em impedir o sacrifício da autonomia dos estados, e, assim, evitar a supressão do estado federal”⁶, o que evidencia a importância do papel desempenhado pelo STF na Federação.

O objetivo do presente trabalho foi revisitar pesquisa realizada no ano de 2014⁷, que teve escopo idêntico ao ora proposto. Naquela ocasião, foi realizada extensa pesquisa jurisprudencial, buscando compreender o papel do STF na conformação da autonomia constituinte dos Estados-membros da Federação brasileira, desde 1988. Foram analisados 130 Acórdãos proferidos em ações de controle abstrato de

⁵ Dados obtidos no sítio eletrônico: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-estadual/constituicoes-estaduais>. Apenas o Acre, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul promulgaram suas Constituições antes, em 3 de outubro de 1989; Amapá, Minas Gerais, Roraima e Rondônia “atrasaram” em relação ao prazo estabelecido pela Constituição Federal; o Distrito Federal promulgou sua Lei Orgânica apenas em 8 de junho de 1993.

⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. **A autonomia do Estado-membro e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, s.d. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal3.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

⁷ SCHLOBACH, Rafael Viotti. Simetria federativa e separação de Poderes: um estudo da jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade das Constituições Estaduais. **Sociedade Brasileira de Direito Público**, [s. l.], 2014.

constitucionalidade, nas quais o STF avaliou a constitucionalidade de dispositivos de Constituições Estaduais em face do princípio da separação dos Poderes – um dos princípios constitucionais aos quais devem obediência às Constituições Estaduais, consoante dispõe o art. 25 da Constituição Federal.

Naquela pesquisa, chegou-se à conclusão de que o STF, desde 1988, tem adotado posicionamento predominantemente restritivo à autonomia constituinte dos Estados-membros, valendo-se precipuamente do chamado princípio da simetria federativa. A partir de tal princípio, o STF impõe aos Estados determinados arranjos de interação entre Poderes previstos pela Constituição Federal *prima facie* apenas para a União, julgando inválidas inovações institucionais contidas nos textos constitucionais locais.

O que se propôs, agora, foi uma atualização da pesquisa anteriormente realizada, buscando verificar se houve mudanças na jurisprudência do STF acerca do tema.

2. METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa eminentemente *empírica*, que teve como ponto de partida a coleta e análise de Acórdãos proferidos pelo STF e já disponibilizados para consulta no motor de busca do sítio eletrônico da Corte.

Por se tratar de prosseguimento e atualização de pesquisa previamente realizada, foram utilizadas palavras-chave equivalentes às utilizadas naquela ocasião⁸, restringindo o universo de pesquisa aos Acórdãos proferidos entre 01/07/2014 (dia seguinte ao termo final da pesquisa previamente realizada) e 15/08/2022. Ademais, tal como realizado anteriormente, foram consideradas tão somente as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade e que tinham como ato normativo impugnado dispositivo de Constituição Estadual.

As palavras-chave acima apontadas resultaram em um total de 122 Acórdãos, sendo 113 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, 7 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental e 2 Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão. Todavia, aplicando-se o filtro acima indicado (apenas ações de controle

⁸ Na pesquisa realizada em 2014, a busca de Acórdãos foi feita utilizando-se a palavra-chave “((constituição adj4 estad\$) ou (lei adj orgânica e distrito adj federal) e (separação ou harmonia ou independência) adj4 poderes)”. Tendo em vista mudanças no motor de busca de jurisprudência do sítio eletrônico do STF, verificou-se que a referida palavra-chave não mais apontava qualquer resultado. Nesse contexto, foi solicitado encaminhamento de palavra-chave equivalente, por meio da funcionalidade “Solicitação de Pesquisa de Jurisprudência”, contida no sítio eletrônico do STF (<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp>). Em resposta, foi recebida a expressão “(constituição (estado ou estadual))~4 ou (lei orgânica distrito federal)~3) (separação ou harmonia ou independência) poderes”~4, a qual foi utilizada para a pesquisa de jurisprudência realizada neste trabalho.

de constitucionalidade que tivessem como objeto dispositivos de Constituições Estaduais), foram excluídos 57 Acórdãos⁹, atingindo um universo de pesquisa de 65 Acórdãos¹⁰.

Após a coleta dos Acórdãos, foi elaborado um fichamento de cada um deles, nos mesmos moldes realizados na pesquisa anterior, buscando sistematizar os principais elementos pertinentes à pesquisa.

Uma vez coletados e fichados todos os Acórdãos, esses foram agrupados de acordo com as temáticas envolvidas, as quais foram expostas nos tópicos a seguir. A extensão deste artigo não permitiu expor de forma exaustiva todas as temáticas abordadas pelos Acórdãos analisados. As seções que seguem expõem as temáticas de maior interesse quando se trata da autonomia dos Estados para o desenho de suas próprias instituições na Federação brasileira.

3. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS PESQUISADO

3.1 Revisitando os conceitos de autonomia constituinte formal e material

Antes de adentrar a análise dos Acórdãos que compuseram o universo da pesquisa, é oportuno visitar dois conceitos importantes abordados na pesquisa previamente realizada e que auxiliam na compreensão da jurisprudência do STF acerca da autonomia dos Estados na elaboração de arranjos institucionais locais. Trata-se dos conceitos de *autonomia constituinte formal* e *autonomia constituinte material*.

A *autonomia constituinte formal* se refere à competência – ou incompetência – do poder constituinte local para tratar de determinadas matérias nos textos constitucionais estaduais. Como se verá, a *autonomia constituinte formal* correlaciona-se diretamente com as reservas de iniciativa previstas para cada um dos Poderes pela Constituição Federal, de modo que a inconstitucionalidade arguida perante o STF tem natureza formal, em razão de vício de iniciativa.

⁹ Foram excluídos os seguintes Acórdãos: ADI 3564, ADI 1381, ADPF 347-MC, ADPF 378-MC, ADI 5296-MC, ADI 5287, ADO 25, ADI 5310, ADI 4066, ADI 3937, ADI 4439, ADI 5526, ADI 3357, ADPF 109, ADI 5035, ADI 3356, ADI 2877, ADI 5024, ADI 5077, ADPF 449, ADI 5874, ADI 5916, ADO 26, ADI 2365, ADI 4945, ADI 2250, ADI 2261, ADPF 24, ADI 2324, ADI 5041, ADI 2811, ADI 6149, ADI 4142, ADI 2914, ADI 6341-MC, ADI 6359-MC, ADI 6421-MC, ADI 6244, ADPF 572, ADI 2238, ADI 3261, ADI 3504, ADI 3559, ADI 5296, ADI 5740, ADI 6524, ADI 6423, ADI 6435, ADI 6575, ADI 6442, ADI 6611, ADI 6452, ADI 6282, ADPF 848-MC, ADI 5460, ADI 5112, ADI 5683.

¹⁰ O universo de pesquisa foi composto pelos seguintes Acórdãos: ADI 2654, ADI 251, ADI 4102, ADI 2755, ADI 2616, ADI 3777, ADI 3848, ADI 4792, ADI 2314, ADI 232, ADI 821, ADI 5540, ADI 4764, ADI 4362, ADI 1080, ADI 145, ADI 825, ADI 1606, ADI 5215, ADI 5007, ADI 5897, ADI 5823-MC, ADI 5373-MC, ADI 422, ADI 4944, ADI 4272, ADI 4659, ADI 5768, ADI 5536, ADI 4504, ADI 282, ADI 5290, ADI 5003, ADI 5117, ADI 5483, ADI 4223, ADI 2167, ADI 6275, ADI 6308-MC, ADI 5373, ADI 4484, ADI 4796, ADI 6350, ADI 3161, ADI 4978, ADI 6513, ADI 4782, ADI 4844, ADI 3594, ADI 6585, ADI 5946, ADI 4590, ADI 6721-MC, ADI 6685, ADI 5274, ADI 6774, ADI 6775, ADI 127, ADI 6453, ADI 5522, ADI 1164, ADI 6965, ADI 6708, ADI 5563, ADI 4052

Por outro lado, a *autonomia constituinte material* preocupa-se menos com a competência do poder constituinte decorrente e mais com o próprio conteúdo das normas constitucionais locais por ele produzidas. Desse ponto de vista, cabe ao STF verificar se determinado arranjo institucional local, independentemente de eventual vício de iniciativa, é compatível com o texto constitucional federal ou se há violação de algum dos princípios a que se refere o artigo 25 da Constituição Federal.

Essa distinção permite agrupar as decisões proferidas pelo STF em dois grandes grupos. Em primeiro lugar, há um grupo de Acórdãos em que a inconstitucionalidade analisada reside na eventual incompetência do poder constituinte local para o tratamento de determinadas matérias, tendo em vista as reservas de iniciativa previstas, em sua maior parte, pelo artigo 61 da Constituição Federal e que são tidas como normas de observância obrigatória pelos Estados. Em segundo lugar, em um outro grupo de Acórdãos, os requerentes suscitam a inconstitucionalidade do próprio arranjo institucional desenhado pelo poder constituinte local, tendo como parâmetro os mecanismos de interação entre Poderes e instituições previstos pelo próprio texto constitucional federal.

A partir dessa distinção, serão analisados os Acórdãos que compuseram o universo da presente pesquisa.

3.2 Incompetência do poder constituinte estadual frente à reserva de iniciativa legislativa dos Poderes Executivos estaduais

A análise dos Acórdãos selecionados revelou permanência da jurisprudência restritiva do STF no que se refere à autonomia constituinte formal dos Estados-membros. Permanece pacífico o entendimento da Corte no sentido de que as normas constitucionais federais disciplinadoras do processo legislativo são de observância obrigatória pelos Estados-membros, aí se destacando as regras de reserva de iniciativa legislativa, especialmente aquelas insculpidas no art. 61, §1º da Constituição Federal.

Um primeiro conjunto de Acórdãos que revelaram este entendimento tratava de dispositivos constitucionais estaduais que disciplinavam a estrutura e funcionamento de órgãos da Administração Pública. Cite-se, a título exemplificativo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 2654/AL, na qual a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Amazonas, que havia disposto sobre a organização do Conselho Estadual de Educação, determinando que um de seus membros fosse indicado pela Assembleia Legislativa. Semelhantemente, na ADI nº 821/RS foi julgada inconstitucional a criação, pela Constituição do Rio Grande do Sul, de Conselho de Comunicação Social. Em ambos os casos, o fundamento foi o mesmo: as reservas de iniciativa do Presidente da República, fixadas no art. 61, §1º, II da Constituição Federal¹¹,

¹¹ § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

aplicar-se-iam simetricamente aos Governadores de Estado, fulminando eventuais dispositivos constitucionais estaduais que tratassem das matérias ali elencadas, ante a ausência de participação do Poder Executivo estadual no processo legislativo.

Ademais, um segundo conjunto de Acórdãos, ainda mais numeroso, reúne decisões versando sobre normas constitucionais estaduais que cuidavam de aspectos remuneratórios dos servidores públicos estaduais. Neste sentido, foram julgadas procedentes, por unanimidade, as ADIs nº 3777/BA e nº 4944/ES, declarando a inconstitucionalidade de normas das Constituições baiana e capixaba que determinaram a equiparação de vencimentos dos servidores públicos estaduais¹². Mesmo destino teve a ADI 3848/RJ, que teve como objeto norma da Constituição fluminense que cuidava de revisão concomitante e automática de valores incorporados à remuneração dos servidores públicos estaduais. Desse último precedente, vale extrair elucidativo trecho do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio:

Isso significa dizer que, a pretexto de editar a Constituição estadual ou emendá-la, o legislador estadual não está autorizado a dispor sobre matérias cujo processo legislativo somente possa ser deflagrado pelo chefe do Poder Executivo, nos termos preconizados na Carta Federal. O modelo de separação de Poderes adotado pelo constituinte de 1988 tem sido considerado por este Tribunal como de observância obrigatória pelos Estados, dada a simetria e até o caráter sensível do tema. Em outras palavras, se o constituinte originário de 1988 definiu que as matérias arroladas no artigo 61, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c”, somente poderão ser objeto de lei ordinária – eis que submetidas à reserva de iniciativa –, este modelo se impõe a todos os entes federativos, retirando a liberdade de o constituinte

¹ - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

ⁱⁱ - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. Cf.: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹² No caso da Constituição baiana, tratava-se de equiparação dos vencimentos dos policiais civis e militares do Estado. Por outro lado, a Constituição capixaba havia equiparado o soldo dos bombeiros e policiais militares do Estado ao fixado pelo Exército para os postos e graduações correspondentes.

decorrente dispor de modo diferenciado. Na espécie, houve a inserção, na Carta do Estado do Rio de Janeiro, de preceito que, consoante o texto da Lei Maior, deve ser disciplinado pelo legislador ordinário, contando-se para tanto com a iniciativa do Chefe do Executivo. A norma prevista no artigo 89, § 6º, da Carta estadual está umbilicalmente ligada ao regime remuneratório dos servidores públicos, ao estabelecer a paridade entre a função ou mandato e a respectiva verba resultante da incorporação aos vencimentos, criando reajuste automático. Assim, não foi respeitada a previsão do artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal.

Ante o panorama acima traçado, chamou atenção o teor do Acórdão proferido na ADI nº 232/RJ, na qual se analisou norma da Constituição do Rio de Janeiro que vedava a substituição de trabalhadores de empresas privadas em greve por servidores públicos. O Relator, Ministro Teori Zavascki, fez interessantes ponderações acerca dos limites da competência das Assembleias Constituintes estaduais no trato de matérias referentes à Administração Pública local:

2. Contudo, isso não quer dizer que toda e qualquer norma federal referente à Administração Pública deva ser obrigatoriamente transportada para as Constituições Estaduais, ou, o que seria ainda mais restritivo, que estejam as Assembleias Constituintes Estaduais submetidas a uma completa interdição na disciplina das regras gerais de funcionamento da Administração local, devendo se ater estritamente à reprodução do texto federal.

[...]

Assim, desde que (a) respeitadas as linhas básicas que regem a relação entre poderes na federação brasileira - no que se incluem, por excelência, as regras de reserva de iniciativa - e desde que (b) o parlamento local não suprima do Governador de Estado a possibilidade de exercício de uma opção política legítima dentre aquelas contidas na sua faixa de competências típicas, pode a Constituição estadual dispor de modo singular a respeito do funcionamento da respectiva Administração Pública, sobretudo quando essa disciplina peculiar traduza a concretização de princípios também contemplados no texto federal.

3. É justamente isso o que sucede no particular. Fazendo ressalva à legislação federal aplicável, o texto impugnado proíbe que servidor público estadual seja designado para substituir, sob qualquer pretexto, trabalhadores de empresas privadas em greve. Embora o preceito esteja sem dúvida alguma relacionado ao funcionamento da Administração Pública fluminense, ele não se sobrepõe ao campo de discricionariedade política que a Constituição Federal reservou, com absoluta exclusividade, à iniciativa do Governador do Estado. Nem tampouco se prestou, o preceito, a dar à Administração local uma configuração definitiva, criando órgãos, cometendo atribuições ou fixando prazos para a função executiva que não estivessem previstos no texto da Constituição Federal.

O entendimento acima prestigia a autonomia constituinte dos Estados membros, ao mesmo tempo em que procura resguardar as competências constitucionais típicas do Poder Executivo estadual. Trata-se de análise crítica da jurisprudência pacífica da Corte, que tem entendido que qualquer norma constitucional estadual que trate de matérias atinentes à Administração Pública estadual, especialmente a organização de órgãos públicos e o regime dos servidores públicos estaduais, encontra óbice nas reservas de iniciativa do Poder Executivo, previstas pela Constituição Federal.

Assim, em que pese haver julgados pontuais que adotam um ponto de vista mais crítico acerca da aplicação por simetria das reservas de iniciativa aos constituintes estaduais, a pesquisa demonstrou que a jurisprudência predominante da Corte ainda tem sido bastante restritiva no que se refere à autonomia constituinte formal.

3.3 Normas constitucionais estaduais originárias ou derivadas: há distinção de tratamento no que se refere às reservas de iniciativa?

Ainda no que se refere ao controle de constitucionalidade de dispositivos de Constituições Estaduais, parece relevante distinguir as normas constitucionais estaduais originárias das normas derivadas de emendas às Constituições Estaduais. As primeiras são fruto do trabalho das Assembleias Constituintes instaladas em cada Estado por força do artigo 11 do ADCT e que tiveram caráter iniciador da nova ordem jurídico-constitucional estadual pós-1988. Por outro lado, as segundas originam-se dos próprios Poderes Legislativos estaduais – Poderes constituídos, portanto – no exercício do poder de reforma constitucional.

A pesquisa feita em 2014 não revelou uma preocupação dos Ministros do STF com essa distinção. As regras atinentes à reserva de iniciativa aplicar-se-iam de forma idêntica quer se tratasse de dispositivo originário da Constituição Estadual, quer se tratasse de dispositivo oriundo de emenda à Constituição Estadual.

Por outro lado, alguns precedentes analisados na presente pesquisa revelaram uma maior preocupação por parte da Corte em conferir tratamento diverso a depender da origem da norma impugnada – originária ou derivada.

É o caso, por exemplo, do Acórdão proferido conjuntamente nas ADIs 2.616/PR e 2.575/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli (julgamento em 19 de novembro de 2014) e que tiveram como objeto tanto a redação originária do art. 50 da Constituição paranaense, quanto a Emenda Constitucional nº 10/2001, que veio alterar o referido dispositivo. Referido art. 50 cuidava da estruturação da Polícia Científica daquele Estado, conferindo o *status* de órgão autônomo integrante da Segurança Pública do Estado, ao lado da Polícia Civil e da Polícia Militar. Analisando primeiramente a redação trazida pela Emenda Constitucional nº 10/2001, o Ministro Relator:

[...] desde logo, identifico[u], no caso, vício de iniciativa em relação à integralidade da Emenda Constitucional nº 10/2001, uma vez que, ao se disciplinar o funcionamento de um órgão administrativo de perícia,

dever-se-ia ter observado, por evidente, a reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo prevista no art. 61, § 1º, II, e, da CF/88.

Reconhecida a inconstitucionalidade da emenda constitucional estadual, e tendo em vista o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, o Relator passou a se debruçar sobre a redação originária do art. 50 da Constituição paranaense, ponderando se tratar de:

[...] norma originária da Carta do Estado do Paraná e, por isso, não incide no vício de iniciativa, sendo necessária sua análise em relação ao conteúdo material do art. 144 da Constituição Federal.

Bastante elucidativo o entendimento externado nas ADIs 2.616/PR e 2.575/PR: em se tratando de norma originária da Constituição Estadual, oriunda das próprias Assembleias Constituintes estaduais instaladas em 1988, não se pode cogitar de vício de iniciativa, mesmo em se tratando de matérias que, pelo texto constitucional federal, estariam sujeitas à iniciativa reservada de outros Poderes. A inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias deve se dar apenas pela confrontação de seu conteúdo material com os princípios aos quais o poder constituinte decorrente deve observância por força do art. 25 da Constituição Federal. Por outro lado, tratando-se de emendas às Constituições Estaduais, estas estariam sujeitas às regras de iniciativa legislativa insculpidas na Constituição Federal, em especial em seu art. 61, possibilitando, assim, o reconhecimento de inconstitucionalidade formal de emendas constitucionais estaduais com fundamento em vício de iniciativa.

Esse mesmo entendimento foi reproduzido, e até mesmo detalhado, no Acórdão proferido na ADI nº 145, de relatoria do Ministro Dias Toffoli e julgado em 20 de junho de 2018. Deste precedente, constou o seguinte entendimento, que merece ser reproduzido em sua literalidade:

Contudo, mais recentemente, esse entendimento vem sendo temperado pela Corte para fazer distinção entre as disposições originárias e aquelas decorrentes de emendas constitucionais, de forma que **as regras de iniciativa reservada previstas na Carta da República não seriam aplicáveis ao poder constituinte decorrente inicial, portanto, à norma originária da Carta do Estado**, como se verifica na ementa da ADI nº 2.581/SP.

Todavia, no mesmo Acórdão, constou a seguinte ressalva:

Mesmo naquela assentada, porém, ficou destacada a **possibilidade de configuração do vício formal se a previsão constitucional pudesse ser considerada uma burla ao devido processo legislativo constitucional, quando usurpada nitidamente a prerrogativa de propositura do chefe do Poder Executivo**.

Os trechos acima fazem referência à ADI 2.581/SP, julgada em 16 de agosto de 2007 e que teve como objeto dispositivo da Constituição paulista que determinava que o Procurador-Geral do Estado deveria ser nomeado pelo Governador entre os membros da carreira. O voto vencedor do Ministro Marco Aurélio teceu

interessantes considerações acerca do controle de constitucionalidade das normas constitucionais estaduais, tendo como parâmetro as normas de reserva de iniciativa legislativa previstas pela Constituição Federal. Confira-se o seguinte trecho do voto:

Na tese primeira, em que me referi à posição do ministro Sepúlveda Pertence – não sabendo se o acompanho ou se ele me acompanha –, valho-me, considerado o memorial, da óptica da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro. Sua Excelência proclama e, para mim, com inegável acerto, que a regra da iniciativa privativa do Poder Executivo para as leis, indicadas no artigo 61, §1º, inciso II, da Constituição não restringe o poder constituinte estadual. O seu desrespeito só acarreta inconstitucionalidade, por vício formal, quando a usurpação de iniciativa seja feita com o objetivo de burlar a Carta, nela inserindo matérias que não mereceriam ser elevadas ao nível constitucional, o que não ocorre no caso do artigo 100, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo – foi a análise que a doutrinadora fez do referido dispositivo, ora em jogo nesta ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, o entendimento hoje prevalente na Corte parece ser o de que as normas constitucionais estaduais originárias somente podem ser declaradas inconstitucionais por violação às reservas de iniciativa, caso se esteja diante de evidente burla do processo legislativo, com a inserção na Constituição Estadual de normas não materialmente constitucionais, em detrimento das competências do Poder Executivo estadual.

Esse entendimento traz para o Tribunal importante ônus argumentativo quando se encontra diante de norma constitucional originária: impõe-se a demonstração de que a norma impugnada é manifestamente desprovida de conteúdo materialmente constitucional e que representa concreto prejuízo ao exercício das competências político-administrativas do Governador.

Não obstante, a análise dos Acórdãos selecionados revela que o STF não parece se desincumbir adequadamente de tal ônus argumentativo. A título exemplificativo, tem-se o Acórdão proferido na ADI 4782/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na qual se analisava norma originária da Constituição fluminense que singelamente assegurava aos servidores públicos estaduais o direito a gratificação adicional por tempo de serviço. Sem maiores considerações sobre a efetivo conteúdo e repercussão normativa do dispositivo impugnado, o Ministro Relator apenas reproduziu, de forma lacônica e acrítica, o entendimento tradicional da Corte:

Percebo, todavia, que a jurisprudência deste Tribunal vem se encaminhando cada vez mais resolutamente para a compreensão de que as Constituições Estaduais não podem, nem originariamente, abrigar norma que verse matéria de iniciativa reservada a ente público externo ao Poder Legislativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

A consequência de tal entendimento é, mais uma vez, a excessiva restrição dos poderes de inovação institucional por parte dos constituintes estaduais, restrição esta que não decorre de uma jurisprudência estável, constante e adequadamente fundamentada.

3.4 PERMANÊNCIA DA SIMETRIA FEDERATIVA COMO RECURSO ARGUMENTATIVO LIMITADOR DA AUTONOMIA DOS ESTADOS

Passando, agora, à análise da *autonomia constituinte material*, a pesquisa também revelou permanência da jurisprudência do STF na análise da constitucionalidade de arranjos institucionais locais sem contrapartida no texto constitucional federal. Como já salientado acima, nos casos em que a *autonomia constituinte material* dos Estados está em jogo, a Corte é chamada a decidir se opções de desenho institucional insculpidas nos textos constitucionais estaduais obedecem aos princípios da Constituição Federal, nos termos do seu artigo 25, em especial ao princípio da separação dos Poderes. Nesse tocante, a pesquisa realizada em 2014 havia demonstrado a preponderância do uso da simetria federativa como argumento para que o STF declarasse inconstitucionais quaisquer arranjos institucionais estaduais que destoassem do esquema desenhado para a União pela Constituição Federal.

Exemplo dessa permanência é o Acórdão proferido na ADI 5373/RR, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que reafirma jurisprudência pacífica do pós-88, no sentido da inconstitucionalidade de dispositivos constitucionais estaduais que exigem a autorização da Assembleia Legislativa para que o Governador do Estado possa se ausentar do país por qualquer tempo. Apesar de louvar o novo modelo de federalismo inaugurado pela Constituição de 1988, com a “outorga de um coeficiente de maior autonomia aos Estados-membros”, o voto do relator, acompanhado pela unanimidade dos Ministros, reafirma a vinculação dos Estados à regra contida no art. 83 da Constituição Federal, cujo destinatário é a União e que preceitua que a autorização pelo Poder Legislativo somente é exigível se o Presidente da República se ausentar do país *por mais de 15 dias*. Trata-se de linha jurisprudencial emblemática, que revela que a observância do princípio da separação de Poderes pelos constituintes estaduais, na visão do STF, implica em reprodução dos exatos modelos institucionais previstos pela Constituição Federal, ainda que tais modelos expressamente se dirijam apenas à organização dos Poderes da União.

Em sentido semelhante, a pesquisa revelou também um conjunto de Acórdãos que cuidavam de dispositivos das Constituições Estaduais que previam mecanismos de controle legislativo sobre a Administração Pública sem contrapartida na Constituição Federal. Em tais casos, houve invocação do princípio de simetria pelo Tribunal, como forma de justificar o decreto de inconstitucionalidade de tais arranjos institucionais inovadores.

Por exemplo, discutiu-se na ADI 6775/RO dispositivo da Constituição de Rondônia que submetia a nomeação de Presidente e Diretores de Autarquias

e Fundações estaduais, pelo Governador, à prévia aprovação por maioria absoluta da Assembleia Legislativa. Após vislumbrar inconstitucionalidade formal no dispositivo, por violação à reserva de iniciativa do Poder Executivo, nos mesmos termos expostos nas seções precedentes, a Relatora, Ministra Rosa Weber, suscitou o princípio da simetria para apontar também a ocorrência de inconstitucionalidade material:

Por tais razões e por força da necessária simetria, entendo que só nos casos previstos na Carta Federal pode o Constituinte estadual fixar hipóteses válidas de interferência prévia do Legislativo em nomeações inseridas no âmbito das atribuições do Executivo. Tais hipóteses de interferência merecem interpretação restritiva, sob pena de mácula ao princípio da separação funcional do Poder, com avanço indevido do Legislativo em seara reservada, no modelo constitucional de distribuição de competências, ao Executivo.

Com efeito, em regra, observada a reserva da administração, as nomeações de dirigentes de autarquias e fundações públicas não estão sujeitas à prévia aprovação da Assembleia Legislativa. Só em casos pontuais, especialmente no tocante às agências reguladoras, o modelo federal admite prévia aprovação pelo Legislativo, razão pela qual, por força da simetria, os Estados têm liberdade restrita a tais hipóteses.

De forma semelhante, discutiu-se na ADI 4272/MA dispositivo da Constituição maranhense que sujeitava a autorização legislativa o licenciamento para execução de “programas e projetos, produção ou uso de substâncias químicas ou fontes energéticas que constituam ameaça potencial aos ecossistemas naturais e à saúde humana”. O voto do Relator, Ministro Luiz Fux, ratificado pelos demais membros do Tribunal, consignou que “o condicionamento da atuação tipicamente administrativa à prévia aprovação do Poder Legislativo, destarte, é medida excepcional, que deve ter esteio direto nas hipóteses previstas no texto constitucional” e também que “não é dado ao Poder Legislativo, por outro lado, [...] imiscuir-se no núcleo essencial das atividades do Poder Executivo, submetendo-o ao seu arbítrio para além das hipóteses taxativamente previstas na Constituição”.

Tema semelhante foi analisado na ADI 6350/MT, na qual a Corte apreciou dispositivo da Constituição do Mato Grosso que previa a necessidade de autorização legislativa para construção de centrais termelétricas e hidroelétricas. Fazendo expressa menção ao precedente da ADI 4272/MA referido acima, o voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, foi pela procedência da ação, ponderando que “condicionar a aprovação de licenciamento ambiental à prévia autorização da Assembleia Legislativa implica indevida interferência do Poder Legislativo na atuação do Poder Executivo, não autorizada pelo art. 2º da Constituição”.

Em contrapartida aos precedentes acima referidos, chamou atenção a decisão proferida na ADI 3594/SC, na qual houve divergência entre os Ministros acerca da constitucionalidade de norma da Constituição catarinense que prevê a necessidade

de prévia autorização legislativa para a doação ou utilização gratuita de bens imóveis públicos. A Relatora, Ministra Cármen Lúcia, votou pela improcedência da ADI, adotando posicionamento mais generoso à autonomia dos Estados para desenhar seu próprio modelo constitucional de gestão de bens públicos:

O constituinte catarinense escolheu como seu modelo o condicionamento da utilização de bem público imóvel a prévia autorização do poder legislativo.

Não restringiu a autonomia de outro poder nem afastou aplicação de norma nacional, constitucional ou legal, de cumprimento obrigatório. Editou, no desenho constitucional estadual, o modelo a ser obedecido para os bens públicos imóveis a serem dados em utilização gratuita. O patrimônio estadual é do povo de cada ente federado. O cuidado com ele é atribuição, no espaço constitucional e legal estabelecido, de cada um e de todos os poderes.

A norma não esvazia nem compromete a atuação autônoma do executivo estadual. Restringe-se a impor um requisito para a utilização de bem público imóvel na forma estabelecida. Parece razão legítima juridicamente para o acolhimento da norma. Com bens públicos imóveis, dados em utilização gratuita, podem ser feitos favores ilegítimos, comprometer-se o patrimônio estadual, facilitar-se transações legais ou não, aceitáveis ou não. Por isso, é legítimo ao constituinte estadual eleger o modelo que some responsabilidades dos poderes e acrescente segurança ao cidadão, titular do patrimônio administrado pelos agentes públicos.

O Ministro Edson Fachin inaugurou divergência, invocando o princípio de simetria, que, em suas palavras, “obriga o constituinte estadual a respeitar os parâmetros imanentes à separação de poderes desenhada na Constituição Federal”. Partindo do raciocínio da simetria federativa, o Ministro buscou a contrapartida no texto constitucional federal de tal mecanismo de interação e controle entre Poderes Legislativo e Executivo estaduais, sem sucesso:

A formulação do supracitado dispositivo elege um desenho institucional da separação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo que exorbita, naquilo que se refere à gestão dos bens públicos, as opções assumidas pela Constituição Federal.

Ainda em seu voto divergente, o Ministro Edson Fachin deduz, da análise dos artigos 37, XXI e 49, XVII da Constituição Federal, que todas as demais hipóteses de alienação de bens públicos não previstos por tais dispositivos estabeleceriam “a contrário, um espaço para a Administração Pública exercer a gestão dos bens públicos independentemente dos demais poderes republicanos”. Em suma, entendeu o Ministro que, no silêncio da Constituição Federal, novos modelos de gestão dos bens públicos imaginados pelos constituintes estaduais seriam inconstitucionais.

Por fim, ainda na ADI 3594/SC, merece ser destacado o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que também acompanhou a Relatora, adotando posicionamento de prestígio à autonomia dos Estados. O entendimento foi diametralmente oposto àquele defendido pelo Ministro Edson Fachin, isto é, no silêncio da Constituição Federal, é facultado aos Estados propor modelos inovadores:

No que se refere ao caso presente, é de se verificar que **a Constituição Federal não prevê regra de competência legislativa nem disciplina diretamente a matéria de administração de bens públicos, ou mais especificamente, da utilização gratuita desses bens, tornando aplicável, dessa forma, a regra do art. 25, § 1o, da Constituição Federal, que reserva aos estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição.**

[...]

Com a vênia da divergência iniciada pelo eminente Ministro **Edson Fachin, entendendo não ser o caso de se suscitar o princípio da simetria para a análise do dispositivo impugnado, tendo em vista estarmos a tratar de regra para a qual não há disciplina no âmbito da Constituição Federal, inexistindo, ademais, princípios constitucionais que importem na ilegitimidade da norma questionada** (grifo no original).

A divergência do Ministro Edson Fachin foi seguida apenas pelo Ministro Gilmar Mendes e pela Ministra Rosa Weber, tendo prevalecido, portanto, o voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia. Tal precedente pode ser um indicativo de contemporização do uso do princípio da simetria, evitando o seu uso em hipóteses nas quais o texto constitucional federal é silente sobre um determinado mecanismo de interação entre Poderes imaginado pelos constituintes estaduais. Isso não significa, todavia, que a Corte afaste tal princípio nas hipóteses em que a norma constitucional estadual esteja em contraste com um determinado arranjo institucional expressamente previsto pela Constituição Federal para União – a exemplo da hipótese, já tratada acima, de dispositivos constitucionais estaduais que exigiam autorização da Assembleia Legislativa para que o Governador se ausente do país por qualquer período.

3.5 Alguns casos particulares: precedentes acerca da autonomia dos Estados-membros para inovarem na seara do processo legislativo estadual

É relevante analisar de forma detida alguns recentes precedentes do STF acerca da autonomia dos constituintes locais no delineamento de seus próprios processos legislativos. Já foi tratado acima acerca da aplicação aos Estados, por simetria, das reservas de iniciativa previstas pelo texto constitucional federal e como isso impacta o reconhecimento por aquela Corte da competência do poder constituinte decorrente para tratar de determinados assuntos.

Nesta seção, o objetivo será explorar alguns precedentes nos quais não se discutiu propriamente a competência dos constituintes locais, de acordo com as regras de reserva de iniciativa, mas, sim, a própria constitucionalidade de regras estaduais pertinentes ao processo legislativo.

A jurisprudência do STF parece vacilar neste tema, dificultando ao aplicador do direito compreender a exata extensão na qual o processo legislativo desenhado pela Constituição Federal é efetivamente de reprodução obrigatória pelos Estados.

No que tange ao processo legislativo de emendamento às Constituições Estaduais, o STF parece ter acolhido entendimentos contraditórios em sua recente jurisprudência.

Quando do julgamento da ADI 825/AP, em 25 de outubro de 2018, a Corte deu indícios de um posicionamento mais favorável à autonomia constituinte dos Estados, ao decidir pela constitucionalidade de dispositivo da Constituição do Amapá que previa a possibilidade de iniciativa popular para emendas à Constituição estadual, mesmo sem contrapartida no art. 60 da Constituição Federal. A questão suscitou divergência entre os Ministros. O Relator, Ministro Alexandre de Moraes, em clara invocação da simetria federativa ponderou que “a previsão de iniciativa popular para a emenda à Constituição do Amapá somente seria válida caso se admitisse na Constituição Federal tal iniciativa, o que não ocorre”, de modo que “não poderia a Constituição Estadual elastecer o rol de legitimados para o exercício da iniciativa de proposta de emenda à Constituição, por imperativo do art. 25 da CF”. Por apertada maioria¹³, contudo, esse não foi o entendimento que prevaleceu.

O Ministro Edson Fachin inaugurou a divergência na ADI 825/AP, tecendo interessante diálogo com a recente produção doutrinária que, em suas palavras, tem imputado ao STF “uma função centralizadora no pacto federativo desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, infirmando soluções constitucionais inovadoras desenvolvidas pelos Estados-membros, sob o fundamento de prestígio ao princípio da simetria”. Nesse sentido, o Ministro exaltou a iniciativa do constituinte amapaense de democratizar o processo de reforma da Constituição Estadual, em verdadeiro exercício de “experimentalismo democrático”, salientando que:

[...] o pacto federativo de índole democrática não comporta a incorporação automática e obrigatória de todas as normas da Constituição Federal na ordem jurídica parcial de natureza estadual, como ocorria por intermédio do art. 200 da Constituição de 1967/1969.

Em debate com o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Edson Fachin reforçou esse entendimento, afastando expressamente a aplicação do princípio

¹³ Restaram vencidos neste ponto o Ministro Relator e os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello.

de simetria em prol do fortalecimento da democracia direta e participativa no âmbito estadual:

Eu entendo que a simetria não é obstativa na ausência de uma espécie de regra clara que afaste a possibilidade de o Estado ampliar as condições do exercício direto da democracia. Se houvesse uma autolimitação a ponto de não permitir o que a Constituição permite, eu estaria de acordo, mas nós estamos aqui ampliando os mecanismos de participação direta e creio que isso é afastado pelo princípio ou pela regra da simetria.

Em suma, o precedente da ADI 825/AP pareceria, à primeira vista, sinalizar para a adoção, pelo STF, de um posicionamento mais favorável à autonomia dos Estados-membros no desenho de suas próprias instituições. Isso porque o princípio de simetria foi expressamente afastado, prestigiando inovação do constituinte local sem contrapartida no texto constitucional federal.

Todavia, o julgamento da ADI 6453/RO, realizado já no ano de 2022, não seguiu o mesmo curso da ADI 825/AP, retomando a clássica jurisprudência restritiva do STF com base na aplicação do princípio de simetria. A ADI 6453/RO também tinha como objeto o processo de emendamento da Constituição estadual: tratava-se de análise de norma da Constituição do Estado de Rondônia que havia fixado um quórum de deliberação de 2/3 dos deputados estaduais para aprovação das emendas à Constituição Estadual. Tratava-se, portanto, de quórum mais dificultoso do que o quórum previsto para a reforma da Constituição Federal (3/5, conforme previsto pelo art. 60, §2º). Por unanimidade, os Ministros invocaram o tradicional argumento da simetria para consignar que o modelo de processo legislativo de emenda à Constituição Federal seria de reprodução obrigatória para os Estados membros, conforme se vê do voto da Ministra Relatora Rosa Weber:

Com efeito, ressoa inequívoco concluir que aos Estados não está aberta a possibilidade de se apartar das regras constitucionais do processo legislativo federal, quando detalhadas no desenho procedimental traçado pela Constituição Federal, como é o caso do processo de reforma constitucional.

Não se vislumbra com clareza o motivo pelo qual os Estados podem inovar no que se refere às regras de iniciativa para propositura de emendas à Constituição Estadual, mas não podem fazê-lo no que se refere ao quórum para aprovação de tais emendas. A única conclusão que se pode chegar diante de tal contradição é que a decisão proferida na ADI 825/AP não se deu propriamente em prestígio à autonomia constituinte dos Estados membros, mas apenas porque se tratava de dispositivo que reforçava o princípio democrático. Por outro lado, na ADI 6453/RO, o quórum mais restritivo para reforma da Constituição Estadual não parecia atender a nenhum outro valor constitucional, ao mesmo tempo em que a autonomia constituinte dos Estados não seria um valor suficiente *per se* para justificar a constitucionalidade do dispositivo.

Ainda no que se refere ao processo legislativo estadual, é interessante mencionar a ADI 2314/RJ, julgada em 17 de junho de 2015, e a ADI 5003/SC, julgada em 05 de dezembro de 2019, nas quais o STF foi chamado a apreciar a validade de normas constitucionais estaduais que previram reserva de lei complementar para matérias que, pelo desenho traçado pela Constituição Federal, seriam disciplinadas por lei ordinária. Em análise conjunta de ambos os julgados, nota-se novamente vacilação no entendimento da Corte acerca da aplicação simétrica do processo legislativo federal aos Estados.

Na ADI 2314/RJ, tratava-se de dispositivo da Constituição fluminense que havia conferido à Lei Orgânica da Polícia Civil o status normativo de lei complementar, conquanto o art. 144, §7º da Constituição Federal¹⁴ se referisse apenas a “lei”. A ação foi julgada improcedente, por apertada maioria¹⁵. O Relator, Ministro Joaquim Barbosa, votou pela procedência da ação, primando pela “garantia da observância obrigatória, nos estados-membros, do modelo de separação de Poderes tal como estruturado na Constituição Federal”. A divergência foi aberta pelo Ministro Ayres Britto, que fez constar de seu voto:

Ora, recusar à Constituição do Estado essa faculdade para qualificar certas matérias como exigentes de uma aprovação legislativa mais qualificada, mais detida, com um **quorum** maior, parece-me uma demasia.

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Celso de Mello, que enfatizou a necessidade de respeito à autonomia dos Estados-membros na realização de escolhas políticas atinentes ao desenho de seu processo legislativo, entendimento este que prevaleceu no Tribunal:

Tenho para mim, Senhor Presidente, **examinado** o litígio constitucional **nos estritos termos** em que delineado, **que o princípio** da autonomia estadual - **que traduz verdadeira pedra angular** sobre a qual se estrutura a Federação brasileira - **legítima**, em face do sistema de nossa Constituição, a opção do Estado-membro **de submeter**, ao domínio normativo da lei complementar local, por efeito **de sua própria** vontade político-jurídica, **o tratamento legislativo** de determinada matéria por ele **expressamente referida** no texto da Carta Política estadual.

Isso significa, portanto, **que se deve reconhecer**, ao Estado-membro, o poder de **autonomamente** deliberar **sobre quais** matérias, que, **previstas** no texto **da própria** Constituição estadual, **deverão** sujeitar-se, **por efeito** de escolha **dessa** pessoa política, **à reserva** de lei complementar local.

¹⁴ § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

¹⁵ Restaram vencidos o Ministro Relator e os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Carlos Velloso.

É que não se pode subtrair, ao Estado-membro, a prerrogativa institucional de valorizar, segundo critérios e padrões próprios e mediante utilização da lei complementar (cujo projeto exige maioria absoluta para ser aprovado), a disciplina normativa a ser dispensada a determinadas matérias de interesse eminentemente regional (grifo no original).

Quatro anos mais tarde, quando do julgamento da ADI 5003/SC, a unanimidade do Plenário adotou entendimento diametralmente oposto. Assim como a Constituição fluminense, a Constituição catarinense também previra novas hipóteses de reserva de lei complementar, sem contrapartida no texto constitucional federal. O Relator, Ministro Luiz Fux, expressamente reconheceu que “mesmo diante dos casos em que a Constituição Federal deixou de indicar de forma explícita a lei ordinária como a espécie normativa cabível, não é dado aos Estados-membros imporem essa procedimentalização mais gravosa”. Segundo o Relator, a definição das matérias que devem ser tratadas por lei complementar resulta de um “juízo de ponderação específico” realizado pelo constituinte federal, ao qual não poderia se sobrepor o constituinte estadual. Interessante notar que o Relator busca se esquivar da crítica de uma aplicação impensada do princípio de simetria – a nosso ver, sem sucesso –, conforme se observa do seguinte trecho do voto:

Não se trata, portanto, de fazer incidir acriticamente o princípio da simetria, cujo teor não pode ser interpretado ampliativamente, sob pena de afronta à autonomia dos Estados, mercê da necessidade de resguardar a criatividade e o experimentalismo que devem ser marca de uma verdadeira federação.

[...]

Thiago Magalhães Pires, em estudo específico sobre o tema do poder constituinte decorrente, no qual tece críticas ao princípio da simetria, sustenta que “[e]m vez de pensar se há ou não uma exigência de simetria em tese, o que se deve verificar, em cada situação, é se a decisão política tomada por um ente periférico, no sentido de copiar a União ou diferenciar-se dela, viola alguma disposição constitucional. E aqui são apenas duas as preocupações que se devem ter: (a) O Estado, o Distrito Federal ou o Município, conforme o caso, dispõe de competência para normatizar na matéria? (b) Se a resposta for positiva, a decisão tomada por ele viola alguma norma procedimental ou material da Carta Federal?”. (PIRES, Thiago Magalhães. O poder constituinte decorrente no Brasil: entre a Constituição e o Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 295-314, jan./mar. 2018).

A aplicação dos *standards* acima propostos pelo autor leva ao mesmo resultado ora propugnado, mormente em relação ao segundo dos critérios elencados.

A tentativa de ampliar as situações em que exigível a reserva de lei complementar restringe indevidamente o arranjo democrático- representativo

desenhado pela Constituição Federal, ao permitir que Legislador estadual crie, por meio do exercício do seu poder constituinte decorrente, óbices procedimentais – como é o *quórum qualificado* – para a discussão de matérias estranhas ao seu interesse ou cujo processo legislativo, pelo seu objeto, deva ser mais célere ou responsivo aos ânimos populares. Exemplo dessa circunstância indesejável pode ser verificado claramente no caso *sub examine*, em que o artigo 57, VIII, da Constituição do Estado de Santa Catarina pretendeu sujeitar as disciplinas relativas ao *plebiscito* e ao *referendo* – institutos essenciais à concretização da democracia – à mencionada reserva de lei complementar.

Apesar de refutar a sua aplicação, o raciocínio alinhavado não parece se distanciar substancialmente da ideia de simetria federativa. Ao contrário do quanto decidido na ADI 2314/RJ, foi reconhecida, na ADI 5003/SC, a ilegitimidade da opção política do constituinte estadual de submeter determinadas matérias à reserva de lei complementar, opção política esta que foi considerada suplantada pelo “juízo de ponderação específico” realizado pela Constituição Federal.

Enfim, os dois conjuntos de precedentes acima analisados demonstram haver inconstância no posicionamento do STF no que se refere à autonomia dos Estados-membros para desenhar seu próprio processo legislativo nos textos constitucionais locais. Novamente, faltam critérios claros para a aplicação do princípio de simetria em cada caso concreto enfrentado pelo STF.

4. CONCLUSÃO

Oito anos após a primeira pesquisa realizada, não se nota uma inflexão consistente da jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade das Constituições Estaduais.

Em alguns julgados, a Corte parece adotar posicionamento mais crítico com relação ao princípio da simetria federativa, buscando limitar a sua aplicação e, por vezes, até mesmo dialogando com a crescente produção doutrinária que tem denunciado a atuação centralista do STF no controle de constitucionalidade das Constituições Estaduais. Por outro lado, em outros julgados, percebe-se verdadeira aplicação automática de antigos precedentes da Corte, nos quais a ideia de simetria federativa encontra guarida. O que se verifica é uma intensa insegurança jurídica decorrente da ausência de critérios claros e concretos para aplicação – ou não – da simetria federativa, culminando na censura de um grande número de iniciativas constitucionais inovadoras imaginadas pelos Estados.

Este trabalho busca se inserir na recente produção doutrinária brasileira, já mencionada acima, que enxerga o princípio de simetria federativa, na forma como aplicada pelo STF, como incompatível com o modelo de Federalismo imaginado pela Constituição Federal de 1988. Trata-se de modelo de Federalismo que adveio após

um regime constitucional extremamente cerceador da autonomia dos Estados brasileiros e que, por isso mesmo, deve ser construído pela Corte Suprema em benefício do poder de imaginação institucional dos Estados-membros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdãos: ADI 2654, ADI 251, ADI 4102, ADI 2755, ADI 2616, ADI 3777, ADI 3848, ADI 4792, ADI 2314, ADI 232, ADI 821, ADI 5540, ADI 4764, ADI 4362, ADI 1080, ADI 145, ADI 825, ADI 1606, ADI 5215, ADI 5007, ADI 5897, ADI 5823-MC, ADI 5373-MC, ADI 422, ADI 4944, ADI 4272, ADI 4659, ADI 5768, ADI 5536, ADI 4504, ADI 282, ADI 5290, ADI 5003, ADI 5117, ADI 5483, ADI 4223, ADI 2167, ADI 6275, ADI 6308-MC, ADI 5373, ADI 4484, ADI 4796, ADI 6350, ADI 3161, ADI 4978, ADI 6513, ADI 4782, ADI 4844, ADI 3594, ADI 6585, ADI 5946, ADI 4590, ADI 6721-MC, ADI 6685, ADI 5274, ADI 6774, ADI 6775, ADI 127, ADI 6453, ADI 5522, ADI 1164, ADI 6965, ADI 6708, ADI 5563, ADI 4052**. Brasília, DF: STF, s.d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdãos: ADI 3564, ADI 1381, ADPF 347-MC, ADPF 378-MC, ADI 5296-MC, ADI 5287, ADO 25, ADI 5310, ADI 4066, ADI 3937, ADI 4439, ADI 5526, ADI 3357, ADPF 109, ADI 5035, ADI 3356, ADI 2877, ADI 5024, ADI 5077, ADPF 449, ADI 5874, ADI 5916, ADO 26, ADI 2365, ADI 4945, ADI 2250, ADI 2261, ADPF 24, ADI 2324, ADI 5041, ADI 2811, ADI 6149, ADI 4142, ADI 2914, ADI 6341-MC, ADI 6359-MC, ADI 6421-MC, ADI 6244, ADPF 572, ADI 2238, ADI 3261, ADI 3504, ADI 3559, ADI 5296, ADI 5740, ADI 6524, ADI 6423, ADI 6435, ADI 6575, ADI 6442, ADI 6611, ADI 6452, ADI 6282, ADPF 848-MC, ADI 5460, ADI 5112, ADI 5683**. Brasília, DF: STF, s.d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. Acesso em: 10 out. 2024.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHLOBACH, Rafael Viotti. Simetria federativa e separação de Poderes: um estudo da jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade das Constituições Estaduais.

Sociedade Brasileira de Direito Público, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://sbdp.org.br/publication/simetria-federativa-e-separacao-de-poderes-um-estudo-da-jurisprudencia-do-stf-no-controle-de-constitucionalidade-das-constituicoes-estaduais/>. Acesso em: 25 jun. 2014.

SCHLOBACH, Rafael Viotti; NUNES, Alynne Nayara Ferreira. A extensão do poder constituinte estadual no STF: a jurisprudência da Corte no período militar (1964- 1985). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 185-220, 2019.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA RURAL EM TERRAS DEVOLUTAS E AS INOVAÇÕES DAS LEIS ESTADUAIS Nº 14.750/2012 E Nº 16.475/2017

Rural land regularization on vacant lands and the innovations of state laws no. 14.750/2012 and no. 16.475/2017

Thiago Francisco Neves Gobbo¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Terras Devolutas; 2.1 Breve histórico das terras devolutas; 2.2 Natureza jurídica das terras devolutas; 2.3 Da discriminação de terras devolutas; 2.4 Das terras devolutas municipais; 2.5 Da função social das terras devolutas; 3. Regularização fundiária rural em terras devolutas paulistas; 3.1 Da Lei Estadual nº 14.750/2012, que alterou a Lei Estadual nº 11.600/2003; 3.2 Da Lei Estadual nº 16.475/2017; 4. Conclusão; Agradecimentos; Referências bibliográficas.

RESUMO

Desde a República o Estado de São Paulo vem promovendo a discriminação, a destinação e a regularização de suas terras devolutas, espécie de bem público que nunca ingressou regularmente no domínio particular ou dele retornou ao domínio público. A mera ocupação do particular em terras devolutas não gera segurança jurídica e prejudica o cumprimento da função social da propriedade. Assim, este artigo busca por meio da pesquisa descritiva e básica, no método de pesquisa bibliográfica, realizar o estudo das terras devolutas paulistas e suas formas de regularização fundiária, especialmente em regiões marcadas por conflitos fundiários e subdesenvolvimento, tais como o Pontal do Paranapanema e o Vale do Ribeira, beneficiados pelas inovações trazidas pela Lei Estadual nº 14.750/2012, que alterou a Lei Estadual nº 11.600/2003, e pela Lei nº 16.475/2017.

Palavras-chave: Regularização fundiária. Terras Devolutas. Função social. Segurança jurídica. Desenvolvimento.

ABSTRACT

Since the Republic of Brazil, the state of São Paulo has been promoting the discrimination, allocation and regularization of its vacant lands, a type of public asset that has never regularly entered the private domain or returned to the public domain. The mere occupation of vacant land by private individuals does not create legal certainty and undermines compliance with the social function of property. Thus, this article seeks, through descriptive and basic research, using the bibliographic research method, to carry out a study of vacant land in São Paulo and its forms of land regularization, especially in regions marked by land conflicts and underdevelopment, such as Pontal do Paranapanema and Vale do Ribeira, which benefited from the innovations brought about by State Law No. 14.750/2012, which amended State Law No. 11.600/2003, and by Law No. 16.475/2017.

Keywords: Land regularization. Vacant land. Social function. Legal security. Development.

¹ Advogado e analista na Fundação Instituto de Terras-Itesp.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), esculpida sob os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania (artigos 1º e 3º), na busca do cumprimento da função social da propriedade, direito fundamental e princípio da ordem econômica (artigo 5º, inc. XXIII, e artigo 170), no que tange ao meio rural, estabeleceu a obrigatoriedade de destinação de terras públicas e devolutas compatibilizadas à política agrícola e ao plano nacional de reforma agrária (artigo 188), os quais têm como um dos pilares a regularização fundiária.

O mosaico de irregularidades fundiárias urbanas e rurais, frutos de distintas formas de ocupação do território nacional, tornou-se gerador de desigualdades, conflitos e entraves ao desenvolvimento, razão pela qual, no atual Estado Democrático de Direito, também Social², são exigidas políticas públicas corretivas dessas mazelas e, de outra sorte, políticas públicas preventivas e estratégicas de incentivo ao cumprimento da função social da propriedade e de busca pelo desenvolvimento sustentável.

Destituído de registro imobiliário adequado, o imóvel irregular não gera segurança jurídica quanto a direitos, ou seja, é inapto a integrar o mercado formal, não pode ser dado em garantia de financiamentos, impossibilita a sucessão hereditária segura e, ademais, não se sujeita ao regular recolhimento de tributos.

Soto³ relaciona seis efeitos da propriedade formal ou regularizada, assim discriminados: (a) a fixação do potencial econômico dos ativos; (b) a integração das informações dispersas em único sistema; (c) a responsabilização das pessoas; (d) a transformação dos ativos em bens fungíveis; (e) a integração de pessoas; (f) a proteção das transações.

Soma-se a isso o fato de, muitas vezes, o imóvel irregular também não dispor de cadastro imobiliário regular, o que prejudica o exercício do poder de polícia para o cumprimento da função social da propriedade e a gestão e o planejamento territorial, inerentes à governança fundiária⁴.

² O Estado Social significa intervencionismo a fim de garantir, dentro da feição jurídico-constitucional, os direitos fundamentais. Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 204.

³ *Apud* BECKER, Bruno. **A Regularização Fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 73.

⁴ “Governança da Terra é o conjunto de regras, processos e organizações pelas quais se determina o acesso e o uso da terra em um país” Cf.: REYDON, Bruno P.; TELLES, Tales S.; FERNANDES, Vinícius B. Land tenure in Brazil: The question of regulation and governance. **Land Use Policy**, [s. l.], v. 42, 2015, p. 509-516. “As far as land governance is concerned, this definition includes the ways property rights to land (for groups or individuals) are defined and can be exchanged and transformed; the way in which public oversight over land use, land management, and taxation is exercised; the type of land that is state owned; the way such land is managed, acquired, and disposed of; the nature and quality of land ownership information available to the public and the ease with which it can be accessed or modified; and the way in which disputes are resolved and conflict is managed” [No que diz respeito

Para se alcançar a regularização fundiária jurídica com a titulação de uma propriedade rural (nem sempre ajustada ao conceito de imóvel rural) é percorrido um caminho que passa necessariamente por trabalhos técnicos de georreferenciamento, nos termos da Lei Federal nº 10.267/2001; de cadastramento, com inscrição junto ao Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR) nos termos da Lei Federal nº 5.868/1972, para expedição do Certificado de Cadastro do Imóvel Rural (CCIR); regularização ambiental, com abertura ou atualização do Cadastro Ambiental Rural (CAR), nos termos do artigo 18 da Lei Federal nº 12.661/2012; além de inscrição ou atualização do Cadastro de Imóveis Rurais da Secretaria da Receita Federal - CAFIR e vinculação dos cadastros no SNCR e CAFIR, por meio da Cadastro Nacional de Imóveis Rurais - CNIR (Instrução Normativa Conjunta RFB/INCRA Nº 1968, de 22 de julho de 2020).

Portanto, não pode o Poder Público quedar-se omissos frente ao grave problema social, econômico e ambiental instalado pela ocupação irregular sobre terras devolutas não reservadas⁵, na qualidade de bens públicos dominicais. Isso porque, respeitados a ocupação mansa e pacífica ao longo do tempo, a boa-fé, bem como a cultura efetiva e morada habitual, requisitos básicos previstos desde a Lei Imperial nº 601/1850, a regularização fundiária deve ser efetivada para gerar segurança jurídica, diminuir conflitos, promover a inclusão social, enfim, fomentar o desenvolvimento sustentável, justificativas da Lei Estadual nº 14.750/2012, que alterou a Lei Estadual nº 11.600/2003, e da Lei Estadual nº 16.475/2017, destinadas para duas das regiões mais pobres do Estado de São Paulo, o Pontal do Paranapanema e o Vale do Ribeira.

2. TERRAS DEVOLUTAS

Terra devoluta é um tema “genuinamente brasileiro, tanto em sua conceituação originária como em seu desenvolvimento, hoje mais que centenário. Não se conhece nada parecido no direito estrangeiro”⁶.

à governança fundiária, essa definição inclui as formas como os direitos de propriedade sobre a terra (para grupos ou indivíduos) são definidos e podem ser trocados e transformados; a forma como é exercida a supervisão pública sobre o uso da terra, a gestão da terra e a tributação; o tipo de terra que é de propriedade do Estado; a forma como essa terra é gerenciada, adquirida e descartada; a natureza e a qualidade das informações sobre a propriedade da terra disponíveis ao público e a facilidade com que podem ser acessadas ou modificadas; e a forma como as disputas são resolvidas e os conflitos são gerenciados]. Cf.: DEININGER Klaus; SELOD Harris; BURNS Anthony. **The Land Governance Assessment Framework**: identifying and monitoring good practice in the land sector. Washington, DC: The World Bank. 2012, p. 67.

⁵ Artigo 20, inc.II e artigo 225, § 5º da CF/88, se da União, e artigo 3º do revogado Decreto-lei estadual nº 14.916/1945 e artigo 203 da Constituição Estadual, se do Estado de São Paulo, conforme Pareceres PA 77/2011 e GPG/Cons. nº 46/2011, com as conclusões da Subprocuradoria-Geral do Estado.

⁶ COSTA, Hélio Roberto Novaes da. **Discriminação de Terras Devolutas**. São Paulo: Universitária de Direito, 2000, p. 87.

Para compreender a amplitude do conceito de terras devolutas a seguir será realizada uma breve incursão histórica pela legislação fundiária, seguida da análise da natureza jurídica desses bens. Por se tratar de questão intrinsecamente ligada ao seu conceito, na sequência será verificada a sua forma de apuração, assim como a caracterização das terras devolutas municipais na legislação paulista.

Por fim, uma vez que este artigo trata de regularização fundiária, será abordada a função social das terras devolutas.

2.1 Breve histórico das terras devolutas

O regime da propriedade no Brasil começa antes mesmo do seu descobrimento, pois à Coroa Portuguesa já pertencia parte do território por tratados⁷, que se consolidou pela conquista e colonização do território, iniciado pelo regime das capitanias hereditárias⁸ e adoção do sistema de sesmarias⁹, o qual já adotado em Portugal e em suas colônias.

A sesmaria consistia em uma espécie de concessão¹⁰ de grande extensão de terra ao particular para que promovesse a sua ocupação e exploração, pagando à Coroa uma parte da sua produção. Caso o sesmeiro não cumprisse os encargos da carta

⁷ Tratados de Alcaçóvas-Toledo de 1479 e de Tordesilhas de 1494.

⁸ “[...] consistia na doação pelo Rei de Portugal de enormes extensões de terras para nobres portugueses para que estes explorassem o lugar e fortificassem o sistema colonial. O primeiro beneficiado com o regime foi Martim Afonso de Souza em 1530, que recebeu três cartas régias, das quais a primeira o autorizava a tomar posse das terras que descobrisse e a organizar respectivo governo, administração civil e militar; a segunda lhe conferia os títulos de capitão-mor e governador das terras do Brasil; e a última, lhe permitia conceder sesmarias das terras que achasse e se pudesse aproveitar”. GOBBO, Thiago Francisco Neves. **A Evolução jurídico-legislativa da preservação ambiental no Brasil**. Especialização em Direito Público. Taubaté: Editora da UNITAU, 2003.

⁹ “O instituto jurídico da sesmaria era disciplinado pelas Ordenações do Reino, no caso, as Afonsinas, editadas em 1446, e também pela Lei de 26 de junho de 1375 de Don Fernando I, baseada em princípios constantes em leis agrárias romanas, de 376 a.C., (tribuno da plebe Línio Stolon, Lei Licínia), e de 133 a.C., (tribuno da plebe Tibério Graco, Lei Semprônia), as quais se referiam a repulsa ao solo inculdo e dispunham sobre a utilização do *ager publicus* e conseqüentemente o *ager vectigalis*. [...] O Sistema de Sesmaria foi concebido em sua origem, em 1375, com o intuito de transformar as terras ociosas de Portugal em lavradias, já que este país passava por uma grande escassez de comida. Aquele beneficiado que não produzisse perderia sua terra em favor de quem a quisesse cultivar. No entanto, o intuito de Portugal com relação às terras de além-mar, mais especificamente as do Brasil, era o de colonizar e desbravar, adotando o instituto da Sesmaria nova feição em relação sua concepção original”. GOBBO, Thiago Francisco Neves. **Terras Devolutas: Conceito e Ação Discriminatória**. Bacharelado em Ciências Jurídicas. Taubaté: Editora da UNITAU, 2002.

¹⁰ “A concessão de cartas de Sesmaria encontrava-se por fundamento legal as Ordenações Filipinas, Livro 4, Título 43, Parágrafos 9 e 15. Presidiavam a sua outorga determinadas condições, consubstanciadas basicamente na condição assumida pelo particular, no sentido de promover a medição, a demarcação e ulterior confirmação por parte da autoridade. Sua validade só se perfazia com o cumprimento desses requisitos, notadamente, a confirmação que, em especial, consistia em providência administrativa. Como reflexo da complexidade desse procedimento, poucas Cartas vieram a serem aperfeiçoadas”. PEANO, Nodette Mameri. Procuradoria do Município de São Paulo. **Coleção Cadernos Fundap**, São Paulo, n. 17, 1989, p. 32.

de sesmaria (medir e demarcar e explorar, pagando dízimo à Ordem de Cristo¹¹), não a confirmava e caía em comisso, sendo a terra devolvida, de onde se extrai o primeiro sentido da expressão “terra devoluta”: do latim *devolutum*, particípio passado do verbo *devolvere*.

Como comprovam textos políticos e legais da época¹², guardada a origem designativa, terras devolutas passaram a também representar terras públicas desocupadas e realengas.

Quanto à formação do conceito de terras devolutas, o Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial nº 991.243-SP -2007/0234365-6, esclareceu:

Posteriormente, esse sentido originário de “devolução” deu lugar a um mais singelo: terras devolutas são terras públicas não destinadas a um uso público específico. Essa definição mais simplificada, que veio a ser adotada pela doutrina e jurisprudência, como veremos mais adiante, segue o entendimento de que terras devolutas não são apenas as devolvidas, mas também todas as adquiridas pela Coroa, especialmente por título originário, às quais não foi dada uma utilização específica.

É importante salientar que, apesar desse conceito singelo, por exclusão (terras devolutas são aquelas públicas - não tituladas por particular - e sem destinação pública específica), a grande maioria das terras devolutas eram mesmo aquelas dadas em sesmarias e, posteriormente, caídas em comisso. Isso explica, como veremos mais adiante, a atenção que a legislação das terras dá a essa situação específica.

A razão para essa quase identidade das terras devolutas com aquelas caídas em comisso se explica por dois fatores: a) as terras brasileiras somente podiam ser adquiridas originariamente por meio de sesmarias e b) quase todas essas sesmarias caíam em comisso, já que era praticamente impossível cumprir os encargos.

Em razão do caos formado pelas inúmeras sesmarias concedidas diretamente pela Coroa e capitães-gerais, bem como o desrespeito às determinações legais¹³, em 17 de julho de 1822, o então Príncipe Regente D. Pedro suspendeu a concessão

¹¹ A Ordem de Nosso Senhor Jesus Cristo, originalmente, era uma ordem religiosa e militar, criada em 14 de março de 1319 pela bula papal do Papa João XXII.

¹² “[...] a Carta de Sesmaria concedida a Estevão da Costa, em 1536, que textualmente informava que tratava de [...] terra está devoluta sem nenhum proveito; b) a carta de sesmaria outorgada na Bahia em 16 de janeiro de 1682, avisava que as [...] terras concedidas eram devolutas, agrestes e desaproveitadas; c) a Ordem de 4 de março de 1833 dispunha que [...] os terrenos que reclamam dentre os que se acharem inteiramente devolutos”. COSTA, Hélio Roberto Novoa da. *Op. cit.*

¹³ Carta Régia de 1695 estabelecia o teto em 5 léguas; Carta Régia de 1753 ordenava medições e demarcações de sesmarias; Carta Régia de 1781 respeito às posses com culturas; Alvará de 1795 volta a exigir a medição e demarcação das áreas concedidas; e Decreto de 1809 impõe a não concessão de novas cartas de sesmarias, nem a confirmação daqueles dadas pelos capitães-gerais.

de novas sesmarias, reconhecendo somente aquelas já dadas, o que fez o país passar por um período de quase 30 (trinta) anos¹⁴ sem legislação de terras.

Somente em 1850 foi sancionada a primeira lei que efetivamente disciplinou a matéria no Brasil: a Lei Imperial nº 601/1850, regulamentada pelo Decreto Imperial nº 1.318/1854, conhecida como a Lei de Terras, que não obstante às críticas de alguns autores¹⁵, cumpriu seu papel no ordenamento fundiário ao definir terras devolutas, instituir sua discriminação, legitimação e venda, além de definir faixa de fronteira e instaurar o registro paroquial¹⁶.

Como já exposto, a expressão terras devolutas trazia a ideia de terra desocupada, o que permaneceu no artigo 8º da Lei Imperial nº 601/1850, mas no artigo 3º¹⁷ tomou outro sentido, por exclusão, como as terras “fora do domínio legítimo de particulares, às quais não é dada destinação pública específica”¹⁸.

Com o caput do artigo 64¹⁹ da primeira Constituição da República de 1891, as terras devolutas sitas nos territórios dos Estados membros foram transmitidas aos

¹⁴ A situação jurídica das terras após a referida resolução assim pode ser classificada: “[...] terras públicas incorporadas como próprios ao patrimônio da nação, da província ou do município; terras públicas simplesmente aplicadas ao uso público nacional, provincial ou municipal, terras públicas habitadas e cultivadas efetivamente por particulares, em virtude de Cartas de Sesmaria ou por força de Concessões Governamentais, sem que os sesmeiros e concessionários houvessem preenchido as condições debaixo das quais foram outorgadas suas sesmarias e concessões; terras públicas habitadas e cultivadas efetivamente por particulares, a título de simples ocupação mansa e pacífica; terras públicas que, por força de legítimo título de aforamento, estavam no domínio útil dos particulares; terras públicas desocupadas” JUNQUEIRA, Messias. **As Terras Públicas no Estatuto da Terra**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1966, p. 372.

¹⁵ Críticas são feitas à primeira Lei de Terras em razão da sua verdadeira motivação. Acredita-se que o escopo maior dessa lei foi o de impedir acesso à terra (regularizada) pelos negros (que seriam libertados) e pelos imigrantes (que viriam para substituir os negros nas lavouras). Prova disso, justifica-se, eram os altos valores estipulados para a aquisição regular de terras devolutas, o que não impediu, por óbvio, o acesso informal às mesmas pelo mero exercício da posse (alastramento da irregularidade).

¹⁶ “A alcunha do instituto advém do artigo 97 do Decreto Regulamentador, que encarregou os vigários de receberem as declarações. A divulgação era feita pelos próprios, durante as missas. Mister salientar que o assentamento, previsto nos arts. 93 e 94 do Decreto Regulamentador, não conferia título de domínio. Aliás, este foi o caráter que lhe foi imprimido pelo artigo 94”. COSTA, Hélio Roberto Novoa da. *Op. cit.*, p. 66.

¹⁷ São terras devolutas: “§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal; § 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei; e § 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei” [sic!]. Cf.: BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Brasília, DF: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1850.

¹⁸ Herman Benjamin no seu voto no Recurso Especial nº 991.243-SP - 2007/0234365-6.

¹⁹ “Art 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”. Cf.: BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891.

mesmos - assim como já eram das Províncias por força da Lei Imperial nº 2.672/1875 e da Lei Imperial nº 3.348/1887 -, reservando-se “à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”.

Esta orientação constitucional persistiu nas Constituições Federais de 1934 (artigo 21, inc.I), de 1937 (artigo 37, a), de 1946 (artigo 34, inc. II) e, atualmente, as terras devolutas pertencentes à União são aquelas previstas no inciso II do artigo 20 da Constituição Federal de 1988²⁰, remanescendo aos estados todas as demais, conforme inciso IV do artigo 26.

Observa-se que o fato de transmitir as terras devolutas aos estados resultou no disciplinamento particularizado sobre terras devolutas, sua discriminação, destinação e alienação; ou seja, o conceito de terras devolutas, que é feito por exclusão daquilo que se considera como particular e por não ter destinação pública, sofre variação de estado para estado brasileiro. Isso porque, ao longo da história legislativa, cada Estado, além da própria União em seus territórios, disciplinou a matéria e definiu o que se entendia por títulos válidos à comprovação da propriedade particular para, por exclusão, apontar as terras devolutas.

Conforme ensina o Professor André Luiz dos Santos Nakamura²¹:

Assim, para fins de apuração da devolutividade de uma área, não basta a mera comprovação de que o título de propriedade não se originou de uma sesmaria. O título de propriedade que teve origem em transações privadas reconhecidas pela legislação federal ou estadual é válido. A mera inexistência de título formalmente válido não é prova de devolutividade. Para comprovar a natureza devoluta de determinado imóvel é necessário o estudo da sua cadeia dominial para que seja comprovado o não enquadramento nas disposições legais acima mencionadas que consideram válidas transações privadas, bem como reconhecerem os direitos decorrentes da posse e o aproveitamento de terras por seus possuidores.

[...]

Assim, somente se pode considerar devolutas as terras que não estão aplicadas a algum uso público nacional, estadual ou municipal; as que não estavam na posse e algum particular, com ou sem título, em 1850, e que não foram legitimadas pela Lei de Terras (Lei nº601/1850); as que não estão no domínio de um particular, em virtude de título legítimo; e, por fim, aquelas em que os possuidores não cumpriram qualquer requisito

²⁰ “[...] as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei”. Cf.: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

²¹ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. **Bens Públicos**. São Paulo: Fórum, 2022, p. 154.

de legitimação previsto nas leis posteriores à Lei de Terras que regularizaram várias ocupações de terceiros.

Portanto, há um emaranhado de normas e conceitos que impõem ao operador do direito um estudo hercúleo para a devida análise da devolutividade de um imóvel, especialmente relacionado à cadeia sucessória dominial e à legislação pretérita de cada estado e da União.

2.2 Natureza jurídica das terras devolutas

Na Roma Antiga já se definia bens públicos como *res nullius*, ou coisas extra *commercium*, entre as quais se incluíam as *res communes*, como mares, portos, estuários, rios, insuscetíveis de apropriação privada; as *res publicae*, como terras, escravos, de propriedade de todos e subtraídas do comércio jurídico; e finalmente as *res universitatis*, como fóruns, praças públicas.

Na Idade Média o primeiro entendimento foi o de que os bens públicos pertenciam ao rei, dispondo este da forma que lhe aprouvesse. Todavia, com o tempo, sob a influência do direito romano, voltou-se a propriedade desses bens ao povo, reconhecendo ao rei somente o poder de polícia.

Dessa forma foi dado o primeiro passo à formulação das teorias sobre bens públicos, dividindo-se preliminarmente em coisas públicas sobre as quais o rei somente exercia o poder de polícia, e coisas de domínio da Coroa, sobre as quais o rei exercia o poder de propriedade.

Hoje, com o desenvolvimento da ideia de Estado, este assumiu a propriedade dos bens públicos, ou seja, aqueles bens destinados ao uso direto do Poder Público bem como os bens destinados à utilização direta ou indireta da coletividade, independentemente de qualquer registro imobiliário em nome do ente estatal²².

O Código Civil de 1916, em seu artigo 66, adotou o sistema tripartite, dividindo os bens públicos em bens de uso comum²³, especial²⁴ e dominical²⁵, o que foi

²² NAKAMURA, André Luiz dos Santos; NAKAMURA, Katieli Justimiano. Gestão de Bens Públicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 971, p. 119-141, 2016.

²³ São bens de uso comum, aqueles por determinação legal ou que por sua própria natureza podem ser utilizados por todos em igualdade de condição, sem necessitar de consentimento, como exemplos: as praças, ruas, estradas, águas do mar, rios navegáveis ilhas oceânicas. Cf.: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916.

²⁴ São bens de uso especial, todas as coisas móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela administração pública, para a realização de suas atividades e a consecução de seus fins, como exemplos: edifícios, repartições públicas, veículos, etc. Cf.: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916.

²⁵ São bens dominicais àqueles sobre os quais o Estado exerce direito pessoal ou real, ou seja, exerce poderes de proprietário segundo os preceitos Constitucionais e Administrativos. Cf.: BRASIL. **Lei nº 3.071,**

repetido no Código Civil de 2002, em seu artigo 99²⁶, que manteve a classificação pela afetação, que resulta na natureza alienável dos bens dominicais e na inalienabilidade dos demais, que são indisponíveis²⁷ (DI PIETRO, 2012).

Os bens públicos de uso comum e especial, considerados como de domínio público do Estado, por serem essenciais aos fins públicos, não podem, em regra²⁸, sofrer alienação; em decorrência disso são imprescritíveis²⁹, impenhoráveis e impossibilitados de oneração. Tais bens só poderão ser alienados caso sejam desafetados, quando então passarão à categoria de bens dominicais.

Já os bens dominicais, que constituem o domínio privado do Estado, constituem todos os bens públicos que não são de uso do povo e nem de uso especial, ou seja, os bens de propriedade dos entes públicos sem uma destinação pública específica e a que, não dispondo a lei em contrário, tenha se dado estrutura de direito privado (parágrafo único do artigo 99, Código Civil de 2002), mantida a imprescritibilidade em todos os casos por vedação constitucional.

Partindo do conceito de terras devolutas por exclusão, ou seja, terras fora do domínio legítimo de particulares, nos termos do histórico artigo 3º da Lei Imperial nº 601/1850, e não afetadas pelo Poder Público, conclui-se que esta espécie de bem público integra precipuamente a categoria de bens dominicais, precisamente pelo fato de não ter qualquer destinação pública³⁰.

de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916.

²⁶ Artigo 99. São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviços ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma destas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se bens dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁸ Cabe exceção quanto à alienação de bens públicos, principalmente no que concerne aos de uso especial, pois podem fazer parte do comércio jurídico de direito público, passando de um ente estatal para outro. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 554.

²⁹ Os bens dominicais não são usucapíveis em razão dos artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único da CF/88 e Súmula 340 do STJ, que consagrou o entendimento que, “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Mesmo havendo exceções com o chamado usucapião pró-labore das Constituições de 1934, 1937 e 1946, e posteriormente com o usucapião especial instituído pela Lei nº 6.969 de 10 de dezembro de 1981, hoje o Código Civil traz em seu artigo 102 a negação ao usucapião sobre bens públicos.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 778.

A existência desta espécie de terra pública³¹ somente pode ser aferida por meio do processo discriminatório³², nos termos da Lei Federal nº 6.383/1973 (pela União e Estados, conforme artigo 27), não necessitando a Fazenda Pública apresentar qualquer título em Juízo ou fora dele (o título é a posse histórica, o fato daquela conquista da terra pela Coroa Portuguesa, conforme defende o Ministro Aliomar Baleeiro em voto proferido no RE 51.290/GO, relator Min. Evandro Lins e Silva, j. 24.9.1968).

No entanto, apresentado título pelo particular, dada a presunção de validade *iures tantum* do mesmo, com espeque no § 2º do artigo 1.245 do Código Civil de 2002, a Fazenda será obrigada a analisar a cadeia sucessória dominial a fim de confirmar a origem legítima. Aliás, esse é o objetivo do processo discriminatório: separar as terras públicas das particulares, mediante verificação da legitimidade dos títulos de domínio particulares, apurando, por exclusão, as terras de domínio público.

A Lei Federal nº 6.383/1973 dispõe em seu artigo 23, que a ação discriminatória é preferencial e prejudicial às demais ações em andamento referentes ao domínio e à posse de imóveis no perímetro, o que inviabilizaria, não obstante o entendimento de algumas Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³³, ações de usucapião nas terras em discriminação.

Portanto, além de não ser possível a regularização do domínio privado sobre tais terras mediante usucapião sem o termo do processo discriminatório - com o trânsito em julgado da sentença de mérito, a homologação da demarcação e o registro da carta de sentença -, haverá apenas a expectativa de direito do ente federativo, não sendo possível a alienação aos particulares que as ocupem.

Observe-se que o artigo 99 do Código Civil de 2002, informa que, não dispondo a lei em contrário, os bens dominicais têm estrutura de direito privado e, nesse sentido, as terras devolutas precisam estar registradas no Registro de Imóveis

³¹ “Temos, pois, duas espécies de terras públicas *lato sensu* (gênero): as terras devolutas e as terras públicas *stricto sensu*. Esse é o sentido, pois, empregado no artigo 188 da CF de 1988, ao mencionar que “A destinação de terras públicas e devolutas...”. Entenda-se, aí, terras públicas *stricto sensu*. “De notar-se, pois, que a noção de bens determinados e determináveis é fundamental para compreensão do que sejam terras devolutas. Tanto que as terras devolutas passam a ser terras públicas *stricto sensu* depois de discriminadas, vez que passam a ser bens determinados. Logo, não fosse a existência de terras devolutas, desnecessária seria a distinção entre terras públicas *lato sensu* e *stricto sensu*. Teríamos, apenas, terras públicas, como só acontece em quase todos os países” Cf.: CUNHA JUNIOR, Dirley da. Terras Devolutas nas Constituições Republicanas. Portal JFSE, **Aracaju**, 2003.

³² “Costuma-se frisar, com muita ênfase, a distinção entre terras públicas e terras devolutas; as primeiras são o gênero de que as segundas são as espécies. Para a identificação dos bens imóveis da União utiliza-se o processo demarcatório, porque já têm individualização, caracterização e medida certa (terrenos de marinha e seus acrescidos, terrenos de simples reserva, à margem dos rios navegáveis, próprios federais). Para a identificação das terras devolutas segue-se o processo discriminatório, para separar o que é devoluta do que é particular”. (SILVA, 2003)

³³ Apelações nº 0005615-49.2006.8.26.0587, 1003278-89.2014.8.26.0587 e 0000004- 58.1982.8.26.0587.

para que sejam alienáveis³⁴, em regra. Exceção é feita a eventual acordo nos termos da Lei Estadual nº 17.557/2022.

Ademais é importante ressaltar que em razão dos perímetros discriminados envolverem grandes extensões de terras e inúmeros réus, as ações judiciais perdurarem por muitos anos, é relativamente comum que algumas parcelas deste território possam ser afetadas a fins de interesse público ao longo do tempo (por exemplo, estradas e equipamentos públicos) e, portanto, serem consideradas como bens públicos por destinação, fato que, sem afastar a devolutibilidade originária da terra, deverá ser compatibilizado após o registro da carta de sentença, com registros imobiliários próprios para tais áreas para a melhor gestão do patrimônio. De outra sorte, se tais áreas forem julgadas particulares será necessário o processo de desapropriação com a devida indenização ao legítimo proprietário.

Da mesma forma entende-se que parte das terras devolutas da União, previstas no inciso II do artigo 20 da Constituição Federal, já sejam bens públicos pela própria destinação. Isso porque, após a discriminação, as terras consideradas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, já não mais integrarão os bens de domínio privado do Estado, ainda que sejam devolutas em sua origem.

Segue entendimento equivalente a terras devolutas estaduais reservadas pela legislação³⁵, ao menos após o trânsito em julgado da sentença de mérito, porque podem ter descaracterizada a qualidade de bem público dominical pela reserva. No mesmo sentido a indisponibilidade de terras devolutas necessárias à proteção de ecossistemas naturais prevista no artigo 203 da Constituição Estadual de 1989, em consonância ao § 5º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

2.3 Da discriminação de terras devolutas

No que concerne à discriminação de terras devolutas, cumpre informar que foi prevista de forma administrativa na Lei Imperial nº 601/1850 e no Decreto Imperial nº 1318/1854, bem como nas leis paulistas disciplinadoras do assunto, especialmente no Decreto-lei estadual nº 14.916/1945, a qual também previa o processo judicial.

³⁴ O instrumento da legitimação fundiária em REURB, em núcleo urbano irregular, nos termos da Lei Federal nº 13.465/2017, s.m.j, fuge a tal regra porque é forma originária do reconhecimento do direito de propriedade particular, sendo aplicável em terras em discriminação com o consentimento do ente federativo promotor.

³⁵ Por exemplo, o artigo 3º do revogado Decreto-lei estadual nº 14.916/1945 e artigo 7º da Lei Estadual nº 16.475/2017.

Nas primeiras décadas do século passado, no Estado de São Paulo optou-se pela apuração e a arrecadação de terras devolutas por meio administrativo. A partir do Decreto estadual nº 5.133/1931, optou-se pela discriminatória judicial.

Hoje, a Lei Federal nº 6.383/1976 prevê tanto o processo administrativo e o judicial, sendo certa, neste último caso, sua divisão em duas fases, quais sejam: de chamamento dos interessados para análise do mérito (análise dos títulos); e de demarcação (separação técnica dos imóveis particulares dos públicos).

Tal lei é aplicada aos estados *ex vi* seu artigo 27. Porém, no Estado de São Paulo, o procedimento administrativo não é utilizado hodiernamente em razão da consolidação registral encontrada.

A adoção da discriminação administrativa não traz segurança jurídica, pois, a princípio, ao menos no Estado de São Paulo, dificilmente um Oficial de Registro de Imóveis seria capaz de atestar a inexistência de algum registro sobreposto, em razão do histórico de ocupação formalizada e consolidação registral alienado à precariedade das descrições tabulares antigas e deficiência dos indicadores reais.

Ademais, “não se pode excluir do judiciário qualquer violação do direito individual, não se exclui a possibilidade, por exemplo, de questionar judicialmente a conclusão administrativa”³⁶. Portanto, a qualquer tempo, ainda que seja possível alegar eventual prescrição aquisitiva, um particular que figura como proprietário ou sucessor no direito de propriedade de um imóvel com registro imobiliário não considerado no procedimento administrativo, poderia ingressar judicialmente para impugnar este.

Entende o Professor André Luiz dos Santos Nakamura³⁷:

Não é adequada a discriminação administrativa em terras onde exista registro em nome de particulares, pois somente provimento judicial pode determinar o cancelamento do título de propriedade constante do Registro de Imóveis. conforme art. 259 da Lei de Registros Públicos. Desta forma, em relação aos imóveis que estiverem registrados, ou mesmo aos que, por acaso, tenham registro e ele, por algum motivo, não tenha sido localizado, a discriminatória administrativa não se mostra adequada, cabendo ao Estado realizar a discriminação judicial.

Assim, no Estado de São Paulo é utilizada a ação discriminatória para apurar terras devolutas estaduais, a qual será concluída com a homologação da demarcação e a expedição da carta de sentença para registro das terras devolutas junto ao Oficial de Registro de Imóveis em nome da Fazenda Pública.

³⁶ GUGLIELMI, Vito José. Atuação da PGE na solução de conflitos no Pontal do Paranapanema. **PGE-SP**, São Paulo, 2002.

³⁷ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. **Bens Públicos**. São Paulo: Fórum, 2022, p. 156.

A sentença da ação discriminatória tem natureza preponderantemente declaratória quanto às terras devolutas, mas também desconstitui direitos em relação aos títulos com origem precária em nome dos particulares que fizeram parte da ação. Portanto, também podem produzir efeitos desconstitutivos negativos em relação aos títulos e efeitos executivos na fase demarcatória.

Com isso, as terras reconhecidas como devolutas, excluídas aquelas reservadas pela lei ou constituição (bens de uso comum ou especial), ingressam no patrimônio público estadual como bem público dominical disponível, momento em que podem ser destinadas a quaisquer fins de interesse público, incluindo a transmissão aos municípios e aos particulares na execução da política de regularização fundiária.

2.4 Das terras devolutas municipais

A primeira notícia que se tem de terras devolutas municipais é pelo Alvará de 5 de outubro de 1795, que estabeleceu doação de área realengas às Câmaras Municipais, de uma área de quatro léguas em torno das cidades e vilas, para que administrassem e tirassem rendas de foros.

No Estado de São Paulo, após o artigo 64 da Constituição da República de 1891, o artigo 38, § 1º da Lei Estadual 16/1891³⁸, primeira Lei de Organização Municipal, concedeu às Municipalidades para formação das cidades, vilas e povoados “as terras devolutas adjacentes às povoações de mais de mil almas em raio de círculo de seis quilômetros, a partir da praça central”.

Já a Lei Estadual nº 1.038/1906³⁹ manteve o raio de 6 km àquelas povoações, sendo seguida pela Lei Estadual nº 2.484/1935⁴⁰, e pelo Decreto-lei estadual nº 14.916/1945⁴¹, que ampliou aquele raio para 12 km no município de São Paulo e 8 km nos demais municípios.

Saliente-se que a legislação paulista possibilitava, inclusive, a discriminação de terras devolutas feita pelos municípios, sendo corroborada pela legislação federal por meio do artigo 1º da Lei Federal nº 3.081/1956 e artigo 11, § 1º da Lei Federal nº 4.504/1964, não vedando, contudo, a atuação estatal.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, fez uma modificação em relação às Cartas anteriores, ditando pertencer à União “a porção de terras devolutas indispensáveis à defesa nacional ou essencial ao seu desenvolvimento econômico” (artigo 4º), reservando-se ao Estado “as terras devolutas não compreendidas

³⁸ Revogada pela Lei Estadual nº 1.038/1906.

³⁹ Revogada pela Lei Estadual nº 2.484/1935.

⁴⁰ Revogada pela Lei Estadual nº 12.246/2006.

⁴¹ Revogado pela Lei Estadual nº 12.392/2006.

no artigo anterior” (artigo 5º)⁴², repetindo o silêncio quanto à existência de terras devolutas municipais.

Isso, obviamente, foi refletido no texto da Lei Federal nº 6.383/1976, que dispôs sobre a discriminação administrativa e judicial de Terras Devolutas, inspirando a redação do artigo 27, o qual abriu séria dúvida quanto à legitimidade ativa do município para propositura de Ação Discriminatória.

Foi somente com o parágrafo único do artigo 110 da Lei Estadual nº 9.842/1967, repetido no parágrafo único do artigo 60 do Decreto-lei complementar nº 9/1969⁴³, Lei de Organização dos Municípios, que as terras devolutas localizadas no raio de 6,0 quilômetros dos distritos passaram ao patrimônio dos municípios.

Hoje, a Constituição Federal de 1988, adota redação semelhante às Constituições anteriores à EMC 1/1969, fazendo referência objetiva às terras devolutas da União (artigo 20, inc.II) e, por exclusão, aquelas dos estados (artigo 26, inc. IV), sem qualquer menção às terras devolutas municipais.

Ocorre que, com a revogação do Decreto-lei complementar nº 9/1969, pela Lei Complementar nº 1.004/2006, foi instalada grande dúvida sobre o direito dos municípios sobre as terras devolutas constantes nos raios municipal e distrital, razão pela qual a Procuradoria Geral do Estado expediu os Pareceres PA 77/2011 e GPG/Cons. nº 46/2011, com as conclusões da Subprocuradoria-Geral do Estado, quais sejam:

- a) A Constituição da República somente atribuiu a propriedade de terras devolutas à União e aos Estados, na forma dos artigos 20, inciso II e 26, inciso IV, razão pela qual somente a esses entes foi atribuída legitimidade para discriminar terras devolutas.
- b) Aos municípios foi atribuída a propriedade das terras declaradas devolutas inseridas no círculo municipal e raio distrital, na forma do artigo 60 do Decreto-Lei Complementar nº 9, de 31 de dezembro de 1969, que vigorou até revogação expressa pela Lei Complementar nº 1.004, de 11 de dezembro de 2006.
- c) Os municípios têm direito adquirido às terras declaradas devolutas até a revogação do Decreto-Lei Complementar nº 9 de 31 de dezembro de

⁴² “[...] aparentemente de pequeno alcance, a diferença de linguagem finda acarretando um mundo de consequências da maior amplitude. As terras devolutas, insistamos, continuam pertencendo aos Estados, podendo, entretanto, a União apropriar-se daquelas porções julgadas indispensáveis não apenas à defesa – e defesa das fronteiras – mas à segurança – que diz muito mais que defesa – e segurança de toda a nação – ou do ‘essencial’ não somente ao desenvolvimento econômico, mas ao desenvolvimento ‘tour court’ – econômico, social, político, institucional, espiritual” Cf.: Costa Porto *apud* ABE, Nilma de Castro. **Gestão do patrimônio público imobiliário**: aspectos jurídicos da destinação, delimitação, fiscalização e responsabilidade. São Paulo: Mizuno, 2006, p. 154.

⁴³ Revogado pela Lei complementar estadual nº 1.004/2006.

1969, desde que até esta data tenha ocorrido o trânsito em julgado da fase declaratória do procedimento discriminatório.

d) A exigibilidade do direito atribuído aos municípios somente se inicia após o trânsito em julgado da fase demarcatória do procedimento discriminatório.

e) As terras declaradas devolutas após a revogação do Decreto-lei Complementar nº 9, de 31 de dezembro de 1969, desde que ocorrido o trânsito em julgado da fase demarcatória do procedimento discriminatório, poderão ser alienadas aos municípios na forma do que disciplinam o artigo 19, inciso IV, da Constituição Estadual, e o artigo 17, inciso I, da Lei nº 8666/93.

Conforme item 32 do referido parecer, salienta-se que nesse procedimento de transmissão das terras devolutas aos municípios paulistas, tal como já era previsto no Decreto-lei estadual nº 14.916/1945, deve ser averiguada as áreas reservadas e indisponíveis, tal como aquelas previstas no artigo 225, parágrafo 5º, da Constituição da República, cujo conteúdo foi reproduzido no artigo 203 da Constituição Estadual.

Assim, as terras devolutas municipais estão entre aquelas terras devolutas remanescentes, ou seja, constituídas como bens públicos dominicais. Porém, como o município tem o direito sobre as mesmas pela legislação estadual, o Estado deve transmitir a propriedade dessas terras ao município, cabendo somente àquele ente e à União sua discriminação.

2.5 Da função social das terras devolutas

A Constituição Federal de 1988 representou um importante marco na alteração da efetividade e da destinação de políticas públicas, pois trouxe uma significativa mudança de paradigma quanto à atuação do Poder Público em relação aos direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

Sendo assim, em um Estado no qual a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a diminuição das desigualdades foram alçadas a princípios fundamentais (arts. 1º e 3º), fazer justiça social tornou-se corolário do Estado Democrático Social de Direito. A função social da propriedade, antes relegada à mera letra de lei, foi elevada a direito fundamental e princípio da ordem econômica (art.5º, inciso XXIII e art.170, inciso III da Carta Maior), ficando o imóvel sujeito ao aproveitamento em atendimento das necessidades de toda coletividade.

Esta obrigação também recai sobre a propriedade pública. Isso porque, não é admissível que o Estado, cuja única razão de existir é a busca do interesse público, possa ter uma propriedade que não atenda a função social. O Estado, tal como o particular, não pode ser um especulador imobiliário; não pode ter um patrimônio imobiliário sem que o mesmo tenha uma finalidade de proporcionar satisfação ao interesse coletivo; deve alienar, na forma da lei, o seu patrimônio imobiliário que não

tenha finalidade pública, sob pena de grave descumprimento do princípio constitucional da eficiência administrativa (ROCHA apud NAKAMURA, 2016).

Portanto, as terras devolutas, enquanto propriedade pública, também devem cumprir sua função social, cabendo à Administração, em sua tarefa de gestão e governança fundiária, afetá-las para fins de interesse público previstos em lei.

Ademais, aquelas terras devolutas que remanescerem sem destinação pública, ainda na categoria de bens dominicais e, portanto alienáveis, deverão ser destinadas primordialmente a políticas públicas inclusivas, relacionadas à diminuição das desigualdades e promoção dos direitos fundamentais, tal como a compatibilização com a política agrícola e ao plano nacional de reforma agrária (artigo 188), os quais têm como um dos pilares a regularização fundiária, prevista no estado de São Paulo nas leis estaduais que serão estudadas a seguir.

3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA RURAL EM TERRAS DEVOLUTAS PAULISTAS

Com a transmissão das terras devolutas aos estados, São Paulo iniciou o disciplinamento da matéria por meio da Lei Estadual nº 323/1895, que previu a discriminação administrativa, alienação, legitimação e a revalidação de concessões até o limite de mil hectares em terras de cultura e dois mil em cerrados ou campos (artigo 10), prevendo, ainda, prazo para requerimento pelos interessados, que deveriam arcar com custas da medição e demarcação, independentemente de discriminação anterior (artigo 13).

As Leis Estaduais nº 545/1898 e nº 655/1899 alteraram a Lei Estadual nº 323/1895, e ampliaram os casos de reconhecimento da integração da propriedade no domínio privado, bem como os casos de legitimação de posses a particulares.

Adveio então o Decreto estadual nº 734/1900 que, além de melhor definir as terras que se encontravam no domínio privado, previu o sistema arrecadatário de terras devolutas e dispôs, inclusive, sobre registros públicos das mesmas (artigo 22 a 68).

Esse decreto informou independer de processo de legitimação: a posse ou título legítimo de domínio ou decisão judicial anterior a 2 de agosto de 1878, ou ainda a mera posse de 30 anos, com morada habitual e cultura efetiva, contados de 2 de agosto de 1868 (artigo 9º), sujeitas, no entanto, ao processo de justificação e legitimação perante o Juízo da Comarca do imóvel, no prazo de 1 ano da edição da referida norma (artigos 69 e 77), mesmo prazo para a revalidação das concessões (artigos 114 a 122). Passado este período seriam iniciadas as discriminações administrativas no âmbito da Secretaria da Agricultura, Comércio e Obras Públicas (artigo 123 e seguintes), com possibilidade de recursos ao Juízo da Comarca.

Várias discriminações administrativas foram iniciadas neste período no Vale do Ribeira, no Pontal do Paranapanema, Baixada Santista e Vale do Paraíba. Exemplo é o 18º Perímetro de Peruibe, realizado pelo Serviço de Discriminação de Terras da Secretaria da Agricultura, homologado em 28/08/1916.

Concluindo o sistema arrecadatário de terras, o Decreto estadual nº 734/1900 previu serem nulas e criminosas as posses posteriores a 22 de junho de 1895 (artigo 155), prevendo, ainda, a venda das terras devolutas arrecadadas e sanções para o descumprimento de suas normas.

Visando alcançar maiores resultados de regularização de terras, veio depois a Lei Estadual nº 1844/1921, que previu a possibilidade de alienação gratuita das terras devolutas para nacionais ou estrangeiros domiciliados no estado, que as cultivassem no limite de 500 hectares de terras de cultura, 4.000 hectares de terras próprias para criação e 50 hectares nos lotes suburbanos (artigo 2º) e a possibilidade de conceder título de domínio aos possuidores de terras devolutas caso suas posses fossem justas e tivessem começado um ano antes da lei, aos possuidores de terras devolutas que as tivesse obtido por título não legítimo anterior à lei, bem como aos possuidores que estivessem na posse por decisão judicial (artigo 4º), ficando os dois primeiros casos sujeitos ao procedimento de justificação de posse perante o Juízo competente (artigo 5º).

Tal lei foi regulamentada pelo Decreto estadual nº 3.501/1922, que além de detalhar os procedimentos de alienação e titulação de terras devolutas, previu procedimento discriminatório misto - administrativo com homologação judicial (artigo 25 e seguintes) -, tendo sido alterado somente para o judicial sob a competência da Diretoria de Terras e Colonização da Secretaria da Agricultura, com a edição do Decreto estadual nº 5.133/1931.

Com o advento do Decreto estadual nº 6.473/1934, o processo judicial foi mantido como regra de discriminação, utilizando também a enumeração das terras que o estado considerava como particulares (artigo 2º) para regulamentar a necessidade de ações judiciais de justificação, cujo prazo para propositura foi reduzido para 6 meses aos detentores de posses em áreas regularmente discriminadas (artigo 25). Outra inovação desse decreto foi o reconhecimento expresso da aquisição pela usucapião (artigo 67 do Código Civil de 1916, artigo 1º do Decreto estadual nº 19.924/1931 e artigo 2º do Decreto estadual nº 22.785/1933) e a eliminação do procedimento de legitimação (então confundido com o processo de justificação), restringindo-se a emissão de títulos de domínio às propriedades discriminadas, justificadas, medidas ou regularmente vendidas (artigo 50).

A única alienação gratuita permitida pelo Decreto nº 6.473/1934 foi a de lotes de até 25 hectares aos respectivos ocupantes, desde que brasileiros natos ou naturalizados, reconhecidamente pobres, que tivessem no local cultura efetiva e morada habitual, por tempo não inferior a cinco anos (artigo 37).

Na vigência dessas leis foi proposta a maior parte das ações discriminatórias e realizadas várias legitimações no Vale do Ribeira, Alto Vale, Região Sorocabana, Vale do Paraíba, Litoral Norte e Pontal do Paranapanema.

Adveio, então, o Decreto-lei estadual nº 14.916/1945, conhecido como Lei Morato, com a repetição da conceituação de terras devolutas por exclusão (artigos 1º

ao 5º), previu o procedimento administrativo (artigos 10 a 19) e o judicial (artigos 20 a 48) para discriminação de terras devolutas, sob a consolidação da competência da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Cadastro do Estado (artigo 6º a 9º), possibilitando, na conclusão da discriminação, a legitimação de posses (artigos 49 a 59).

Ademais, a fim de agilizar e facilitar a regularização, esta lei previu que processo de justificação administrativo no âmbito daquela Procuradoria (artigos 60 a 70). Previu também a alienação onerosa e gratuita, como a legislação anterior.

A fim de adequar-se à Lei Federal nº 3.081/1956, que revogou em parte a Lei Federal nº 9.760/1946 (o procedimento administrativo de discriminação), foi editada a Lei Estadual nº 3.962/1957, que adequou as legitimações de posse em terras devolutas estaduais devidamente apuradas em Ação Discriminatória e registradas. Foi mantida a competência da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário.

O procedimento administrativo de discriminação de terras somente foi revigorado pelo artigo 11 da Lei Federal nº 4.504/1964, o Estatuto da Terra, bem como, posteriormente, pela Lei Federal nº 6.383/1976, em opção ao judicial quando não houvesse litígio.

A Lei Estadual nº 3.962/1957, ainda vigente, prevê o Plano Geral de Legitimações de Posses, com análise geral das ocupações existentes no perímetro, com a devida instrução por meio de laudo circunstanciado, o qual, se aprovado pelo Procurador do Estado Chefe, segue para publicação dos editais (na imprensa oficial e duas vezes em jornal local). A seguir, julgadas eventuais reclamações, os ocupantes com áreas que preenchem os requisitos legais para legitimação e que não sejam isentos (áreas acima de 25 ha.) são notificados para recolherem a taxa de 10% sobre a terra nua para, então, seguirem à titulação (artigos 8º e 9º).

Poucas ações discriminatórias foram propostas nas décadas de 50 a 70. Nesse período cuidou o Estado de promover a titulação dos ocupantes de terras devolutas já apuradas.

Posteriormente, novamente adequando a legislação estadual à federal, adveio a Lei Estadual nº 4.925/1985, ainda vigente, que possibilitou a venda de lotes rurais às famílias rurícolas que ocupassem áreas de colonização (Decreto estadual nº 5.824/933, e Lei Estadual nº 5.994/1960); possibilitou a discriminação administrativa (artigo 8º); e limitou a legitimação de posses a 100 hectares. Os Decretos estaduais nº 26.889/1987 e nº 28.126/1988, regulamentaram a primeira parte aludida lei.

Já o Decreto estadual nº 28.389/1988, ainda vigente, disciplinou a respeito do procedimento administrativo de legitimação de posses, definindo, inclusive, critérios para titulação (artigo 1º), quais sejam: área inferior a 100 hectares; beneficiário não proprietário de outro imóvel; e posse efetiva com no mínimo de 5 anos, mais morada permanente ou morada habitual mais cultura efetiva em imóvel rural - 30% da área aproveitável -, e edificação residencial se imóvel urbano. Estipulou ainda cláusulas resolutivas para constar nos títulos de domínio (artigo 3º) e a possibilidade de permissão de uso (artigos 5º e 6º).

Com base nesta legislação, por meio de Planos Gerais de Legitimação, até os dias atuais são promovidas regularizações, justamente nas regiões do estado marcadas historicamente por conflitos.

Outra norma que possibilitou a regularização de terras devolutas para particulares foi a Lei Estadual nº 4.957/1985, que dispôs sobre planos públicos de valorização e aproveitamento dos recursos fundiários por trabalhadores rurais, sob a competência a cargo do Instituto de Assuntos Fundiários, da Coordenadoria Sócio - Econômica da Secretaria de Agricultura e Abastecimento, e da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário da Procuradoria Geral do Estado. O Decreto estadual nº 35.852/1992 regulamentou em parte esta lei.

Na esteira do que dispunha o artigo 9º da Lei Estadual nº 4.925/1985, visando regulamentar acordos em Ações Discriminatórias, para, principalmente, promover arrecadação de terras para assentamentos das famílias aptas nos termos da Lei Estadual nº 4.957/1985, foi editado o Decreto estadual nº 42.041/1997.

Esse decreto estabeleceu critérios para os acordos de arrecadação de terras (artigos 2º ao 5º), a necessidade de formalização por meio de escritura pública (artigo 6º), os limites do acordo (artigo 7º), o procedimento perante a Procuradoria Geral do Estado (artigos 8º, 9º e 13), a intervenção do ITESP quanto à escolha da área e estudos técnicos (artigo 10), a comissão de caráter consultivo no âmbito da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, com atribuição de se manifestar sobre cada proposta de acordo (artigos 11 e 15) e os fatores⁴⁴ a serem considerados em cada aferição de viabilidade (artigo 12).

No estado de São Paulo mais de 90 mil hectares foram arrecadados mediante acordos, inclusive nos moldes informados, e resultaram em 88 assentamentos estaduais.

Posteriormente, o artigo 9º da Lei Estadual nº 4.925/1985, foi alterado pela Lei Estadual nº 16.514/2017, a fim de prever a possibilidade do acordo “terra por terra” em processos judiciais discriminatórios e reivindicatórios de terras devolutas, onde os seus ocupantes, para regularização de parte dos imóveis, entregariam parte ao Poder Público para execução da política pública prevista na Lei Estadual nº 4.957/1985.

Em razão do impasse na regulamentação do artigo 9º da Lei Estadual nº 4.925/1985, adveio a Lei Estadual nº 17.557/2022, de iniciativa do Poder Legislativo, que instituiu o Programa de Regularização de Terras, permitindo ao Estado a celebração de acordos, judicial ou administrativamente, para fins de alienação, com vistas a prevenir demandas ou extinguir as que estiverem pendentes.

Esta nova legislação, regulamentada pelo Decreto estadual nº 67.151/2022, permite o acordo para a regularização fundiária de imóveis até 2.500,00 hectares

⁴⁴ “I - quanto à área a ser recebida pela Fazenda do Estado, sua produtividade e a natureza, a quantidade e o estado das acessões e benfeitorias nela existentes; II - quanto à ação discriminatória, sua situação processual e a perspectiva para sua conclusão; III - a situação jurídica do título de domínio de cada imóvel; e IV - a amplitude da demanda por terras para execução de projetos de assentamentos.”

objetos de ações judiciais discriminatórias e reivindicatórias, bem como quanto a imóveis não passíveis de legitimação ou regularização de posse⁴⁵, respeitada a função social da propriedade, mediante pagamento de preço público sobre o valor médio da terra nua, com descontos graduais de acordo com a fase processual e o tempo de ocupação mansa e pacífica⁴⁶.

Até o momento, a Lei Estadual nº 17.557/2022 possibilitou o ingresso de mais de 360 pedidos de acordo, abrangendo uma área total de mais de 200 mil hectares, dos quais cerca de 35 mil hectares de pequenas, médias e grandes propriedades foram regularizadas, representando uma arrecadação inicial de mais de R\$100 milhões nos próximos anos. Todavia, estima-se que o potencial de área a ser regularizada por esta legislação seja maior, de até 600 mil hectares em todo o estado, com uma arrecadação direta de mais de R\$1,6 Bilhão aos cofres públicos.

Já a Lei Estadual nº 4.957/1985 foi alterada pela Lei Estadual nº 17.517/2022, com regulamentação pelo Decreto estadual nº 66.986/2022, permitindo a outorga de título de domínio às famílias de trabalhadores rurais assentados pelo Estado. Hoje, 7.133 famílias serão regularizadas nos próximos anos em 140 assentamentos estaduais, que abrangem mais de 153 mil hectares.

Quanto ao disposto no artigo 68⁴⁷ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o estado de São Paulo editou a Lei Estadual nº 9.757/1997, a qual dispôs sobre a legitimação de posse de terras públicas estaduais aos remanescentes de quilombo.

Tal lei foi regulamentada pelos Decretos nºs 41.774/1997 e 42.839/1998, que determinaram os procedimentos necessários para a regularização dominial, passando pelo reconhecimento da comunidade por meio do Relatório Técnico Científico⁴⁸, demarcação do território e titulação (se em devolutas estaduais⁴⁹) das associações constituídas.

Em 2003, após diversas reuniões com os prefeitos da região do Pontal do Paranapanema, segmentos da sociedade civil organizada e movimentos sociais,

⁴⁵ Leis estaduais nº 3.962/1957, nº 11.600/2003 alterada pela nº 14.750/2012 e nº 16.475/2017.

⁴⁶ Atualmente a Lei Estadual nº 17.557/2022, regulamentada pelo Decreto estadual nº 67.151/2022, está sendo questionada junto ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 7326, com a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais relativos às políticas urbana, agrícola e de reforma agrária, de proteção ambiental, da função social da propriedade e do direito à moradia.

⁴⁷ Aos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir os seus títulos, o que se ajusta ao consignado nos artigos 215 e 216, que apontam diretrizes para a proteção do patrimônio e das manifestações culturais dos diferentes segmentos étnicos nacionais ou grupos formadores da sociedade brasileira.

⁴⁸ O objetivo do Relatório é identificar a comunidade. Ele é confeccionado a partir de pesquisas antropológicas, com foco na territorialidade, ocupação atual e histórica, relações sociais, econômicas e culturais.

⁴⁹ Em caso de terras particulares nas terras ocupadas pela comunidade, o Relatório Técnico Científico será encaminhado ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) para que promova a desapropriação nos termos da legislação federal.

foi aprovada a Lei Estadual nº11.600/2003, que tratou da regularização de posse em terras devolutas da 10ª Região Administrativa do Estado, atual Região Administrativa de Presidente Prudente. Tal legislação, porém, só teve efetividade após a sua alteração pela Lei Estadual nº14.750/2012.

3.1 DA LEI ESTADUAL Nº 14.750/2012, QUE ALTEROU A LEI ESTADUAL Nº 11.600/2003

A 10ª Região Administrativa do Estado, atual Região Administrativa de Presidente Prudente, é uma das regiões de ocupação mais tardia do estado e tem uma história marcada por conflitos fundiários. Na década de 90 tal região passou pela propositura de inúmeras ações discriminatórias, arrecadação de terras devolutas para implantações de assentamentos de trabalhadores rurais, como parte do chamado Plano do Pontal, ação governamental construída em 1995, no primeiro governo Covas/Alckmin, mediante consenso entre sociedade civil, movimentos sociais e Sindicato Rural de Presidente Prudente, para a pacificação do Pontal do Paranapanema.

A Lei Estadual nº11.600/2003, foi parte da última fase daquele plano, pois tratou da regularização de posse de terras devolutas ou presumivelmente devolutas (ainda objeto de ação discriminatória), mediante alienação onerosa, calculada em 10% sobre o valor da terra-nua, de glebas com área de até 500 hectares, cujo ocupante mantiver, sem oposição, posse efetiva por prazo mínimo e ininterrupto de cinco anos, atendendo aos requisitos da morada permanente ou habitual e a exploração de 80% da área aproveitável do imóvel.

Ademais, o projeto instituiu o Fundo de Desenvolvimento Econômico e Social do Pontal do Paranapanema, definindo sua área de atuação abrangendo dos municípios daquela Região Administrativa, bem como fixando, entre outros, os objetivos de financiar e investir em programas e projetos de interesse público e social; de participar das atividades de planejamento regional; e de contribuir com recursos técnicos e financeiros para a regularização fundiária.

Ocorre que, após mais de oito anos sem resultados por entraves técnicos, o Governo do Estado encaminhou projeto de lei para alterar a tal legislação nos seguintes pontos: (a) alteração da área máxima de regularização de posse de 500 hectares para 15 módulos rurais, adequando-se à legislação federal; (b) afastamento da necessidade de que as áreas sejam inaptas à implantação de projetos de assentamentos fundiários; (c) extensão dos benefícios às pessoas jurídicas; (d) inclusão da obrigatoriedade de o ocupante requerer o licenciamento ambiental em até 120 dias perante o órgão ambiental competente; (e) inclusão da obrigatoriedade de o ocupante requerer a averbação da reserva legal junto à matrícula do imóvel, em até 120 dias da concessão da licença ambiental; e (f) alteração do prazo de pagamento para até 36 parcelas.

Assim, a Lei Estadual nº 11.600/2003, alterada pela Lei Estadual nº 14.750/2012, previu o instrumento da regularização da posse, caracterizado pela alienação onerosa (10% sobre o valor da terra nua de acordo com Instituto de Economia Agrícola, pagos em

até 36 meses) ao ocupante, pessoa física ou jurídica, que mantiver, sem oposição, posse efetiva (com morada permanente ou habitual e a exploração de 80% da área aproveitável) por prazo mínimo e ininterrupto de 5 (cinco) anos, de terras devolutas não superiores a 15 módulos fiscais na Região Administrativa de Presidente Prudente, cujas posses não sejam passíveis de legitimação ou outorga de permissão de uso; não sejam reservadas; ou sobre as quais a Fazenda Estadual concorde em desistir da discriminação mediante transação judicial homologada nos autos das respectivas ações discriminatórias, observado o procedimento perante a Procuradoria Geral do Estado, com subsídios da Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo.

Conciliada à questão ambiental, a referida lei previu em seu artigo 5º que o título de domínio, para efeito de preservação ambiental, deve conter a obrigatoriedade de o ocupante requerer o licenciamento perante o órgão ambiental competente em até 120 dias a contar da data de sua expedição; e a averbação junto à margem da inscrição da matrícula do imóvel, da localização, compensação ou desoneração da reserva legal, no prazo de 120 dias contados da concessão da licença por parte do órgão ambiental competente.

O Decreto estadual nº 48.539/2004, alterado pelo Decreto estadual nº 59.111/2013, regulamentou o procedimento estampado na Lei Estadual nº 11.600/2003, alterada pela Lei Estadual nº 14.750/2012, prevendo como destaque o instrumento de consolidação de domínio, fruto do consenso entre Fundação Itesp, Procuradoria-Geral do Estado (PGE), Associação de Registradores Imobiliários de São Paulo (ARISP) e Corregedoria Geral da Justiça do Estado.

O termo de consolidação de domínio, assim chamado, foi cunhado por meio da interpretação lógica da norma que objetiva gerar, sobretudo, segurança jurídica aos ocupantes de terras devolutas que preencham os requisitos da lei, sem, contudo, causar ônus desnecessário ou efeito negativos com eventuais cancelamentos de registro. Isso porque grande parte das áreas julgadas devolutas, assim como aquelas em discriminação, têm imóveis com registros imobiliários.

Ainda que passíveis de cancelamento, tais registros ao longo de décadas geraram efeitos jurídicos, deram publicidade a uma série de relações jurídicas válidas que não devem ser simplesmente apagadas sob pena de se gerar uma insegurança jurídica ainda maior.

Nesse sentido, o mérito da consolidação de domínio consiste em, sem cancelar o registro do particular, lavar-se o termo que será subscrito pelo interessado, pelo Procurador-Geral do Estado e pelo Secretário de Estado, com as obrigações de caráter ambiental e o reconhecimento da Fazenda do Estado, averbando-o na matrícula do imóvel, que fica, portanto, mantida, nos termos do Provimento CGJ/SP nº13/2013.

Até o momento, esta lei possibilitou o ingresso de 131 pedidos de regularização, abrangendo uma área de aproximadamente 33,6 mil hectares, e a captação de aproximadamente R\$ 10 milhões, dos quais R\$ 3 milhões já foram revertidos para

projetos de infraestrutura de assentamentos aprovados no Fundo de Desenvolvimento Econômico e Social do Pontal do Paranapanema (FUNDESPAR).

3.2 Da Lei Estadual nº 16.475/2017

Por meio do grupo de trabalho criado pela Portaria Itesp nº 62/2012, foram realizados estudos que culminaram no trabalho “*Caminhos para a regularização fundiária rural de interesse social no estado de São Paulo*”, que apontou, entre outras sugestões, a alteração da Lei Estadual nº 11.600/2003, para estender seus efeitos para todo o Estado de São Paulo, bem como a inclusão de outras medidas de caráter social.

Todavia, considerando que a Lei Estadual nº 11.600/2003 tinha uma destinação específica, incluindo um fundo próprio, foram autorizadas medidas para elaboração de legislação específica somente para as Regiões Administrativas de Registro e Itapeva, Vale do Ribeira e Alto Ribeira, onde se estimativa a existência de cerca de 300 mil hectares de terras devolutas ou em processo de discriminação, com cerca de 8 mil imóveis rurais e com características urbanas em zona rural⁵⁰, passíveis de serem beneficiados pela nova legislação, excluídas áreas reservadas.

Tais regiões administrativas foram escolhidas para compor uma única legislação porque têm características semelhantes, tal como a relevância do patrimônio ambiental; a predominância de pequenos e médios proprietários de terra; agricultura familiar; baixo índice de desenvolvimento humano e a alta vulnerabilidade. Ademais, segundo dados da Fundação SEADE, proporcionalmente, essas regiões concentram uma maior população no meio rural, porém, inversamente, têm vários municípios que recebem pouco crédito rural, o que evidencia a necessidade de regularização fundiária, pois sem o registro imobiliário não se acessa linhas de crédito para a produção agropecuária.

Assim, foi elaborado o projeto e aprovada a Lei Estadual nº 16.475/2022, que trouxe as seguintes inovações: modalidade de regularização de posse de interesse social, ou seja, gratuita aos agricultores familiares ocupantes de áreas de até 4 módulos fiscais (a grande maioria dos ocupantes dessas áreas); transmissão de núcleos com características urbanas aos municípios para promoção da regularização fundiária urbana em parceria, independentemente da localização ou não nos antigos raios municipal e distrital; trâmite de processo individual de regularização de posse mais dinâmico e com prazos adequados; e a destinação de recursos da regularização de posse onerosa para própria Fundação Itesp para utilizar em projetos de regularização fundiária e de infraestrutura de territórios de remanescentes de quilombo.

⁵⁰ Considerando os dados do Censo Agropecuário, do Cadastro de Imóveis Rurais do Inbra, do Levantamento das Unidades de Produção Agropecuária do Estado de São Paulo e de trabalhos realizados pela Fundação Itesp.

Até o momento, tal legislação já possibilitou o ingresso de 150 pedidos de regularização, abrangendo uma área de aproximadamente 5 mil hectares, especialmente de pequenas propriedades, e possibilitaram a captação de cerca de R\$300 mil nos próximos anos, os quais ainda não foram empregados em projetos naquela região.

4. CONCLUSÃO

Em síntese, terra devoluta é uma espécie de bem público, advindo do direito de conquista, que nunca ingressou regularmente no domínio particular, incluindo eventual reconhecimento legal do título originário, ou que retornou ao domínio público e não está afetada a qualquer uso público.

O Estado, aliado ao princípio da eficiência administrativa, deve promover a regularização fundiária rural de ocupantes de terras devolutas para gerar segurança jurídica, diminuir conflitos fundiários, promover a inclusão social, possibilitar o desenvolvimento sustentável e, enfim, cumprir a função social da propriedade, respeitada a destinação, reserva e indisponibilidade previstas na constituição e nas leis, em compatibilidade às políticas agrícola e ambiental, bem como ao plano nacional de reforma agrária.

A mera ocupação pelo particular de terras devolutas não gera segurança jurídica, ou seja, torna o imóvel inapto a integrar o mercado formal como fator de geração de riqueza e desenvolvimento, prejudicando a governança fundiária e o cumprimento da função social da propriedade.

O Estado de São Paulo desde a primeira Constituição da República disciplina e promove a discriminação, destinação e regularização de suas terras devolutas.

Hoje, nas Regiões Administrativas de Presidente Prudente, Itapeva e Registro, a matéria é disciplinada pela Lei Estadual nº 14.750/2012, que alterou a Lei Estadual nº 11.600/2003, e pela Lei Estadual nº 16.475/2017, que são a expressão da atualização da política fundiária estadual. Isso porque trouxeram inovações e aprimoramentos ao sistema, tornando mais ágil e menos gravosa a regularização fundiária aos ocupantes, inclusive em razão da preservação da matrícula já existente e utilização de condições resolutivas que permitem desde logo a transmissão da propriedade. Tais inovações também influenciaram a redação da recente Lei Estadual nº 17.557/2022, que trata do Programa de Regularização de Terras e permite ao Estado a celebração de acordos com vistas a prevenir demandas ou extinguir as que estiverem pendentes.

Ademais, também deve ser ressaltada a utilização dos recursos da alienação onerosa para programas e ações de regularização fundiária nas próprias Regiões Administrativas, o que contribui para criar um círculo virtuoso de regularidade e desenvolvimento, beneficiando grandes, médios e pequenos produtores rurais, incluindo comunidades quilombolas. Cumpre observar, no entanto, que o legislador não previu o mesmo caminho para os recursos arrecadados pela Lei Estadual nº 17.557/2022, que ingressam diretamente no Tesouro e são destinados a políticas públicas de saúde, educação e desenvolvimento social e econômico.

De toda forma, é necessário que futuramente tais leis sejam consolidadas a outras normas hoje ainda vigentes, tais como a Lei Estadual nº 3.962/1957, para que todo o território paulista tenha uma única lei de terras - o Código de Terras Paulista -, e, assim, seja beneficiado com as inovações que demonstraram resultados positivos ao longo dos anos, com critérios e procedimentos padronizados para gestão das terras públicas, incluindo a regularização e a destinação das terras devolutas estaduais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos amigos servidores da Fundação Itesp que atuaram ao meu lado na regularização fundiária urbana e rural e em inúmeros trabalhos técnicos para a defesa do patrimônio público estadual. Vocês foram fundamentais para o meu desenvolvimento pessoal e profissional!

Rendo homenagens também a todos os Procuradores do Estado que atuam na área imobiliária e de meio ambiente, bem como na busca constante por alternativas para viabilizar políticas públicas de desenvolvimento. A luta incansável e silenciosa de vocês é uma grande inspiração e digna de aplauso!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABE, Nilma de Castro. **Gestão do patrimônio público imobiliário**: aspectos jurídicos da destinação, delimitação, fiscalização e responsabilidade. São Paulo: Mizuno, 2006.

BECKER, Bruno. **A Regularização Fundiária como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico e a função econômica do registro de imóveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Rio de Janeiro: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1850. p. 307, v. 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-601-18-setembro-1850-559842-publicacaooriginal-82254-pl.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854**. Manda executar a lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Rio de Janeiro: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1854. p. 10, v. 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1318->

-30-janeiro-1854-558514-publicacaooriginal-79850-pe.html. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 3.348, de 20 de outubro de 1887.** Orça a Receita Geral do Império para o exercício de 1888 e dá outras providências. Rio de Janeiro: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1887. p. 33, v. 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-3348-20-outubro-1887-542992-publicacaooriginal-52680-pl.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 2.672, de 20 de outubro de 1875.** Autoriza o Governo a alienar as terras das aldeias extintas que estiverem aforadas. Rio de Janeiro: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1875. p. 154, v.1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2672-20-outubro-1875-549759-publicacaooriginal-65277-pl.html>. Acesso em: 08 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916.

BRASIL. **Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931.** Dispõe sobre as terras devolutas. Rio de Janeiro: Coleção de Leis do Brasil, 1931. p. 521, vol. 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19924-27-abril-1931-514651-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933. Veda o resgate dos aforamentos de terrenos pertencentes no domínio da União e da outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Rio de Janeiro, p. 11346, 1933 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22785-31-maio-1933-505782-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Rio de Janeiro, p. 12500, 1946. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9760-5-setembro-1946-417540-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 3.081, de 22 de dezembro de 1956. Regula o processo nas ações discriminatórias de terras públicas. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Rio de Janeiro, p. 24553, 1956. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-3081-22-dezembro-1956-355337-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 08 out. 2024.

BRASIL. Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Suplemento, Brasília, DF, p. 49, 30 nov. 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4504-30-novembro-1964-377628-publicacaooriginal-67105-pl.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972. Cria o Sistema Nacional de Cadastro Rural e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF,

p. 11197, 1972. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-geral?termo=lei+federal+5868%2F1972#gsc.tab=0&gsc.q=lei%20federal%205868%2F1972&gsc.page=1>. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, p. 16035, 1976. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6383-7-dezembro-1976-357226-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001. Altera dispositivos das Leis nºs 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 2001. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10267-28-agosto-2001-391397-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 08 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 8 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.661, de 05 de junho de 2012. Dispõe sobre a criação de Vara do Trabalho na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, p. 3, 2012. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12661-5-junho-2012-613162-publicacaooriginal-136360-pl.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

COSTA, Hélio Roberto Nova da. **Discriminação de Terras Devolutas**. São Paulo: Universitária de Direito, 2000.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Terras Devolutas nas Constituições Republicanas. Portal JFSE, **Aracaju**, 2003. Disponível em www.jfse.gov.br. Acesso em: 9 jun. 2003.

DEININGER, Klaus; SELOD, Harris; BURNS, Anthony. **The Land Governance Assessment Framework: identifying and monitoring good practice in the land sector**. Washington, DC: The World Bank, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOBBO, Thiago Francisco Neves. **Terras Devolutas: Conceito e Ação Discriminatória**. Bacharelado em Ciências Jurídicas. Taubaté: Editora da UNITAU, 2002.

GOBBO, Thiago Francisco Neves. **A Evolução jurídico-legislativa da preservação ambiental no Brasil**. Especialização em Direito Público. Taubaté: Editora da UNITAU, 2003.

GOBBO, Thiago Francisco Neves. Regularização Fundiária em Terras Devolutas Paulistas. In: SEMINÁRIO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E GOVERNANÇA DE TERRAS, 2., 2015, Campinas. **Seminário** [...]. Campinas, 2015a.

GOBBO, Thiago Francisco Neves. Regularização Fundiária Rural de Interesse Social: estudo do Projeto de Lei do Senado nº368 de 2013. In: SEMINÁRIO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E GOVERNANÇA DE TERRAS, 2., 2015, Campinas. **Seminário** [...]. Campinas, 2015b.

GUGLIELMI, Vito José. As Terras Devolutas e seu Registro. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 29, 1992.

GUGLIELMI, Vito José. Atuação da PGE na solução de conflitos no Pontal do Paranapanema. **PGE-SP**, São Paulo, 2002. Disponível em: www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge. Acesso em: 2002.

JUNQUEIRA, Messias. **As Terras Devolutas na Reforma Agrária**. São Paulo: [s. n.], 1964.

JUNQUEIRA, Messias. **As Terras Públicas no Estatuto da Terra**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1966.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História Territorial do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas**, São Paulo: Secretaria do Estado da Cultura, 1990.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos; NAKAMURA, Katieli Justimiano. Gestão de Bens Públicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 119-141, 2016.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. **Bens Públicos**. São Paulo: Fórum, 2022.

PEANO, Nodette Mameri. Procuradoria do Município de São Paulo. **Coleção Cadernos Fundap**, São Paulo, n. 17, 1989.

REYDON, Bruno P.; TELLES, Tales S.; FERNANDES, Vinícius B. Land tenure in Brazil: The question of regulation and governance. **Land Use Policy**, [s. l.], v. 42, 2015, p. 509-516.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. **Lei nº 545, de 2 de agosto de 1898**. Modifica a lei nº 323, de 22 junho de 1895. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1898. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1898/lei-545-02.08.1898.html>. Acesso em: 9 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. **Lei nº 655, de 23 de agosto de 1899**. Modifica a lei nº 545 de 2 de agosto de 1898, que dispõe sobre terras devolutas do Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1899. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1899/lei-655-23.08.1899.html>. Acesso em: 9 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 734, de 5 de janeiro de 1900**. Dá regulamento para execução das leis nº 323, de 22 de junho de 1895, nº 545, de 2 de agosto de 1898, e nº 655, de 23 de agosto de 1899, que dispõem sobre as terras devolutas. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1900. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1900/decreto-734-05.01.1900.html>. Acesso em: 9 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. **Lei nº 1844 de 27 de dezembro de 1921**. Determina a forma da alienação de terras devolutas do Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1921. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1921/lei-1844-27.12.1921.html>. Acesso em: 09 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 3.501, de 31 de agosto de 1922**. Dá regulamento à lei nº 1.844, de 27 de dezembro de 1921, dispondo sobre a alienação de terras devolutas. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1922. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1922/decreto-3501-31.08.1922.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 6.473, de 30 de maio de 1934**. Dispõe sobre a discriminação das terras devolutas do Estado e sobre os casos e forma de sua aquisição pelos particulares. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1934. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1934/decreto-6473-30.05.1934.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto-lei nº 14.916, de 6 de agosto de 1945**. Dispõe sobre terras devolutas e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1945. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto.lei/1945/decreto.lei-14916-06.08.1945.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 3.962, de 24 de julho de 1957**. Dispõe sobre o processamento das legitimações de posse em terras devolutas. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1957. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1957/lei-3962-24.07.1957.html>. Acesso em: 9 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 5.994, de 30 de dezembro de 1960**. Estabelece normas de estímulo à exploração racional e econômica da propriedade rural e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1960. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1960/lei-5994-30.12.1960.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 4.925, de 19 de dezembro de 1985**. Dispõe sobre a alienação de terras públicas estaduais a rurícolas que as ocupem e explorem, e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1985. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1985/compilacao-lei-4925-19.12.1985.html>. Acesso em: 9 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 28.389, de 17 de maio de 1988**. Dispõe sobre o procedimento administrativo para legitimação de posse, autoriza a outorga de permis-

sões de uso em terras devolutas estaduais e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1988. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1988/decreto-28389-17.05.1988.html>. Acesso em: 9 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 35.852, de 15 de outubro de 1992**. Dispõe sobre a seleção de trabalhadores rurais de que trata a Lei n.º 4.957, de 30 de dezembro de 1985. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1992. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1992/decreto-35852-15.10.1992.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 42.041, de 01 de agosto de 1997**. Dispõe sobre critérios, condições e procedimentos para arrecadação de terras em processo de discriminação por meio de acordos. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1997. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1997/decreto-42041-01.08.1997.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20crit%C3%A9rios%20condi%C3%A7%C3%B5es%20e,discrimina%C3%A7%C3%A3o%20por%20meio%20de%20acordos>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 16.514, de 01 de setembro de 2017**. Altera a Lei nº 4.925, de 19 de dezembro de 1985, que dispõe sobre a alienação de terras públicas estaduais a rurícolas que as ocupem e explorem, e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2017. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2017/lei-16514-01.09.2017.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.557, de 21 de julho de 2022**. Dispõe sobre a criação do Programa Estadual de Regularização de Terras, nos casos em que especifica. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2022a. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2022/lei-17557-21.07.2022.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 66.986, de 21 de julho de 2022**. Regulamenta os artigos 12-A a 12-F da Lei nº 4.957, de 30 de dezembro de 1985, alterada pela Lei nº 17.517, de 8 de março de 2022, que dispõe sobre planos públicos de valorização e aproveitamento dos recursos fundiários. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2022b. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2022/decreto-66986-21.07.2022.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 67.151, de 04 de outubro de 2022**. Regulamenta a Lei nº 17.557, de 21 de julho de 2022, que dispõe sobre a criação do Programa Estadual de Regularização de Terras e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2022c. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2022/decreto-67151-04.10.2022.html>. Acesso em: 8 out. 2024.

SILVA, Angela. **Terras Devolutas**. *Revista de Direito Imobiliário*, [s. l.], p. 42-84, 1984.

SILVA, Angela. **Terras Devolutas**. São Paulo: Revista de Direito Imobiliário, 1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.